Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Herausgegeben

von den

Oberappellationsräthen

Dr. Hermann Buchka

und

Dr. Johann Friedrich Budde.

Zweiter Band.

Wismar und Ludwigslust.

Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.

1857.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Civilproceß.

Seite

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

B. Sachenrecht.

III. Kirchen- und Staatsrecht.

I. Civilproceß.

1.

Die Verweigerung der Aufnahme eines Heimathslosen von Seiten der dirigirenden Commission des Landarbeitshauses ist eine — nur zur Beschwerde bei der vorgesetzten Oberaufsichtsbehörde berechtigende — Polizeisache. Ma. 588/1856.

Die Gutsherrschaft zu W. erhob gegen die dirigirende Commission des Landarbeitshauses, weil diese die Aufnahme des angeblich heimathslosen und hülfsbedürftigen Tagelöhners B. verweigert hatte, unterm 15. November 1855 Klage, wurde aber von der Justiz-Canzlei zu Güstrow sofort a limine judicii zurückgewiesen. Auf Querel der Klägerin erfolgte unterm 25. Februar 1856 ein bestätigender Bescheid des Oberappellationsgerichts, dessen Gründe also lauten:

Da die Landarbeitshaus-Ordnung sub II., 2 bei der näheren Bezeichnung der in die Anstalt aufzunehmenden Personen die Heimathlosen, so wie Diejenigen nennt, welche zwar einen Angehörigkeits-Ort nachweisen wollen, für welche er aber erst gerichtlich erstritten werden muß, auch das beigefügte Reglement in den §§. 17, 18 und 19 über die so Aufgenommenen handelt: so muß der sub VI. der Landarbeitshaus-Ordnung ohne alle Beschränkung hingestellte Satz: „daß diese öffentliche Anstalt unter der Oberaufsicht der Landes-Regierung, als oberster Landes-Polizei-Behörde, stehe, und mithin für ihre wesentlichen Verhältnisse als Polizei-Anstalt — als welche sie wieder im §. 23 des Reglements charakterisirt wird — unabhängig von allen oberen und niederen Landes-Gerichts-Behörden sei,“

mit eben der Nothwendigkeit auf die Aufnahme Heimathloser, wie auf die der Correctionairs oder fremden Bettler und Landstreicher, bezogen werden, ohne daß irgend Etwas darauf ankommen kann, wie sehr sich die Zahl der Heimathlosen in Folge der Patent-Verordnung vom 21. Juli 1821 vermehrte.

Auch ist die Frage von der Aufnahme eines Individuums in eine Polizei-Anstalt rein polizeilicher Natur, und wenn der Abschnitt **II.** der Landarbeitshaus-Ordnung **verb.**: „Es müssen" eine Aufnahme-Pflicht feststellt, so steht dieser doch nicht das Recht eines Ortes oder einer Privatperson gegenüber, und können daher die Instituts-Vorsteher eben so wenig, wie andere Polizei-Behörden, zur Erfüllung ihrer Amtspflicht im Wege Rechtens angehalten werden. Hätte es anders sein sollen, so hätte es — zumal bei der ausdrücklichen Vorschrift **sub VI.** — besonders bestimmt werden müssen. Es findet sich aber in keinem Gesetze eine desfallsige Andeutung.

Allerdings hat das Landarbeitshaus ein Klagerecht wegen Abnahme von Individuen, wie es auch Ortsbehörden gegen einander zusteht. Jenes Klagerecht gründet sich aber eben auf ein Privatrecht, auf das Anrecht des Individuums an einen bestimmten Ort, wogegen weder dem Einzelnen noch den Ortsbehörden ein privatrechtlicher Anspruch auf Annahme einer Person irgendwo zugestanden ist. Daher ist ein Schluß von jenem Klagerechte auf die Verpflichtung der Commission, als Beklagte dieserhalb zu Recht zu stehen, unhaltbar.

Wie wenig die Gesetzgebung an die Statthaftigkeit einer Klage gegen das Landarbeitshaus wegen Reception Heimathloser gedacht hat, ergiebt sich endlich auch aus der Verordnung vom 8. October 1837, wo eines derartigen Verhältnisses gar nicht Erwähnung geschieht, ungeachtet die Vorschriften in den §§. 1 und 2 solche nahe genug legten, wenn die Klage gegen das Landarbeitshaus für zulässig gehalten ward.

2.
Wirkung der clausula heredum in der Vollmacht des Sachwalts. Hu. 636/1854.

In dem Querelbescheide vom 8. März 1855 spricht das Oberappellationsgericht aus:

Nach römischem Rechte sind allerdings die richterlichen Verfügungen nichtig, welche an eine verstorbene Partei erlassen werden.

l. 2 pr. D. Quae sententiae sine appellatione (49, 8)

Der jüngste Reichs-Abschied §. 99 bestimmt indeß, daß die Gewält gleich Anfangs auf der Parteien Erben mit gestellt und beim tödtlichen Hintritt einer Partei ohne eine Citation ad reassumendam litem von dem bestellten Procurator bis zum Schluß der Sachen verfahren, auch sowohl die Definitiv- als Bei-Urtheil, dafern die Erben nicht namhaft gemacht, in des Procurators Person gefasset und gesprochen werden soll. Nach dieser Bestimmung geht der Proceß im Fall des Todes einer Partei gegen den mit der clausula heredum bevollmächtigten procurator ununterbrochen fort. Erwägt man weiter, daß die Stellung des Procurators, als eines bloßen Vertreters fremder Gerechtsame, hiedurch nicht verändert, und seine Person durch die rechtliche Wirksamkeit der auf seinen Namen gestellten Verfügungen überall nicht berührt wird, so gewinnt die Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes, der zufolge die richterlichen Verfügungen nach dem Tode der Partei in der bezeichneten Weise aufgefaßt werden sollen, lediglich die Bedeutung einer Formvorschrift. Wenn nun ein Gericht, welches vom Tode der ursprünglichen Partei keine Kenntniß hat, seine Verfügung auf deren Namen stellt und an den, auch für die Erben legitimirten Procurator insinuiren läßt, so ist die Insinuation, als solche, zweifellos gültig; aus der Fassung der Verfügung auf den Namen der ursprünglichen Partei kann aber in diesem Falle keinesweges eine Nichtigkeit hergeleitet werden, weil das Gericht, welches von dem eingetretenen Todesfalle einer Partei Nichts weiß, gar keine andere Fassung wählen darf, die in

Frage stehende Formvorschrift des jüngsten Reichsabschiedes aber selbstverständlich nur auf die Fälle bezogen werden kann, in welchen den Gerichten die Bedingungen für die Anwendlichkeit derselben vorliegen.

3.

Zur Rechtsgültigkeit der Insinuation gerichtlicher Decrete genügt die Verweigerung der Annahme von Seiten des Addressaten nicht. Zo. 83/1854.

Ueber diesen Rechtssatz sprach sich das Oberappellationsgericht in der Sache des Gutsbesitzers Z. auf S. wider den Ziegler B. daselbst wegen Contractserfüllung in der Querel-Entscheidung vom 4. October 1855 also aus:

In der durch die Reichskammergerichts-Ordnung von 1555 Thl. 1 Tit. 38, §§. 17 und 18 unterstützten einheimischen Praxis steht es als Regel fest, daß die Insinuation durch den Gerichtsboten, dem die Annahme verweigernden oder nicht anzutreffenden Addressaten gegenüber, erst durch Zurücklassen der gerichtlichen Verfügung oder durch Annageln an die Thüre vollendet wird. Die Consequenz erfordert die gleiche Behandlung der Insinuationen durch die Post und liegt für die Anwendung abweichender Grundsätze bei den letzteren eben so wenig ein gesetzlicher Grund, wie ein practisches Bedürfniß vor, indem die Gerichte im Stande sind, mittelst der im §. 32 der Verordnung vom 6. Februar 1855 ausdrücklich erwähnten Begleitzettel den Postämtern ausreichende Anweisungen für die Fälle der in Frage stehenden Art zu ertheilen.

4.

Zur Substantiirung der Eigenthumsklage ist die Angabe des Erwerbsgrundes erforderlich. Cu. 997/1855.

In Uebereinstimmung mit dem in erster Instanz vom Obergericht zu Rostock gesprochenen Erkenntniß vom 18. September 1855 wies das Oberappellationsgericht eine von adjecta

causa erhobene Vindication von Silbersachen mittelst Bescheides vom 2. Februar 1856 aus folgenden Gründen angebrachtermaaßen ab:

Die Frage, ob die Angabe des Erwerbsgrundes zur Circumstantiirung der Vindication erforderlich ist, gehört freilich zu den bestrittenen; die überwiegenden Gründe sprechen aber für die Bejahung. Die entgegengesetzte Ansicht ist eines Theils mit den Vorschriften des jüngsten Reichsabschiedes, §§. 34, 37, 41 nicht vereinbar und würde anderen Theils eine den Grundsätzen des geltenden Proceßrechts zuwiderlaufende Vermischung des Beweisverfahrens mit dem ersten Verfahren zur Folge haben. Soll es dem Kläger freistehen, erst in der Beweis-Instanz den Erwerbsgrund seines Eigenthums anzugeben, so muß alsdann auch eine richterliche Cognition über diese Angabe nach allen Richtungen hin eintreten, und man wird selbst die Möglichkeit einer Zulassung früherhin noch nicht vorgebrachter Einreden, Repliken rc. zugeben müssen. Alles dies ist mit der Ordnung des heutigen Processes unverträglich. Der Einwand, daß man durch die Forderung der Angabe des Erwerbsgrundes dem Kläger die Rechtsverfolgung übermäßig erschwere und den Streit über den Willen der Parteien hinaus verweitläufige, erlediget sich durch die Hinweisung auf die **actio Publiciana**, die Besitzesklagen rc. und wird auch in der Praxis kaum als erheblich hervortreten, wenn man nur bei der Prüfung der Klagschrift nicht all zu strenge verfährt, Nachholungen und Emendationen gestattet, und nur darauf hält, daß vor Ablassung des Beweis-Erkenntnisses über alle eines Beweises bedürfenden Puncte unter den Parteien gehörig verhandelt werde. Hätte sie, die Klägerin, nur, nachdem die Beklagte ihr Eigenthum an den Silbersachen bestritten und den Mangel einer Angabe des Erwerbsgrundes gerügt hatte, in der Replik das Fehlende nachgeholt, so würde der Mangel der Klagschrift übersehen werden können. In der jetzigen Lage der Sache kann nicht anders, als auf Abweisung angebrachtermaaßen erkannt werden.

5.
In wie fern ist vom Concursrichter die zum Liquidationstermine ohne Angabe des Erwerbsgrundes erfolgte Anmeldung von Eigenthumsansprüchen zu berücksichtigen? Bo. 778/$_{1854}$.

Nachdem der B. mit den im Concurse seines Vaters angemeldeten Eigenthumsansprüchen in erster Instanz aus einem (nicht weiter interessirenden unzutreffenden) Grunde definitiv abgewiesen war und derselbe durch seine Appellation an die Justiz-Canzlei zu Güstrow in zweiter Instanz nur eine durch den Mangel einer Angabe über den Grund des Eigenthumserwerbes motivirte Reformatoria auf Abweisung in angebrachter Maaße erreicht hatte, setzte das Oberappellationsgericht unterm 17. December 1855 auf seine weitere Appellation die hervorgehobene Entscheidung der Justiz-Canzlei zu Güstrow als verfrühet bei Seite und gab dem Appellanten auf seine fraglichen Eigenthumsansprüche, soweit er dieselben klagend zu verfolgen gemeint sei, binnen 14 Tagen sub praejudicio pro omni, daß er damit nicht weiter gehört und in die durch seine desfallsige Anmeldung zum Liquidationsprotocolle verursachten Kosten werde verurtheilt werden, besser als bisher geschehen zu begründen.

Gründe.

1. Der eigentliche Zweck des Liquidationstermins im Concurse und der dazu ergehenden präclusivischen Ladungen ist die Bildung und Schließung des Corps der Gläubiger, welche aus der vorhandenen Activmasse zu befriedigen sind. Die Vindicanten gehören dazu nicht; sie machen an das wirkliche Vermögen des Cridars keinen Anspruch, sondern verlangen nur, daß dahin nicht auch Sachen, die in ihrem Eigenthume stehen, gerechnet werden. Ihre Meldung in dem Termine, welcher zwar zur vollständigen Eruirung der Schulden des Cridars, nicht aber zur vollständigen Anbringung und Durchführung von Eigenthumsklagen bestimmt ist, hat zunächst nur die Bedeutung eines Protestes gegen die Heranziehung fremder Objecte zur Concursmasse, und dient dazu, die Veräußerung derselben aus

dem Concurse zu verhüten. Demnach ist es durchaus unpräjudicirlich, wenn der Vindicant seine erste Meldung auf eine vorläufige Zusammenstellung der von ihm zu reclamirenden Sachen beschränkt, ohne die Angabe des Erwerbsgrundes hinzuzufügen; er kann abwarten, ob nach Statt gehabter Vernehmung des Cridars das vorerst nur im Allgemeinen behauptete Eigenthum von dem Vertreter der Gläubiger werde bestritten werden. Erst wenn dies geschieht, also wenn die gütliche Herausgabe der bezeichneten Gegenstände verweigert wird, ist Anlaß zu einer dinglichen Klage vorhanden, zu deren Erhebung der Concursrichter eine angemessene Frist zu setzen hat.

2. Im vorliegenden Falle hat der Appellant im Liquidationstermine ein Verzeichniß von Sachen eingereicht, die er theils durch Beerbung seiner Mutter, theils durch verschiedene, anfangs gar nicht, dann aber ohne specielle Beziehung auf die einzelnen Objecte angegebene, Rechtsgeschäfte unter Lebenden erworben haben will.— Aus Obigem geht aber hervor, daß der Appellant nicht, wie im vorigen Urtheile geschehen ist, angebrachter Maaßen abgewiesen werden darf, da der an sich richtige Satz, daß zur vollständigen Begründung einer Eigenthumsklage nach heutigem Rechte die specielle Angabe der Erwerbsart unerläßlich sei, bei der vorläufigen Anmeldung prätendirter Vindicationsrechte im Concurse nicht zutrifft. Nur so viel ist hier aus jenem Satze zu entnehmen, daß eine unbedingte, oder von Beweisen abhängig zu machende Verurtheilung des Appellaten auf Grund der ungenügend substantiirten Anmeldung und der daran geknüpften höchst mangelhaften Verhandlung der Sache im Liquidationstermine entschieden nicht erfolgen kann, mithin die Beschwerden des Appellanten in dieser Richtung unbegründet sind. Dagegen hat er einen wohlbegründeten Anspruch darauf, daß ihm noch jetzt in Folge seiner, als noch unerledigt zu behandelnden Liquidation eine Frist zur Anstellung einer vollständigen Klage gegeben, und daß bis dahin mit dem Verkaufe der von ihm in Anspruch genommenen Objecte nicht vorgeschritten werde. Behielte es bei dem vorigen Urtheile das Bewenden, so bliebe ihm zwar noch die Erhebung einer neuen Klage unbenommen, allein

in der Zwischenzeit stände dem concursmäßigen Verkaufe Nichts entgegen. Darin liegt das vermögensrechtliche Interesse des Appellanten an der eventuell erbetenen, im gegenwärtigen Urtheile ausgesprochenen Entscheidung.

6.

Bedeutung des terminus circumductus. Die exceptio litis pendentis fällt weg, wenn der Kläger den ersten auf seine Klage angestellten Termin abkündigt.

Po. 419/1854.

Die Entscheidung, welche das Oberappellationsgericht unterm 12. März 1855 in Bezug auf einen bei einem Niedergericht vor der Publication der Verordnung vom 6. Februar 1855 nach der Interimsordnung vom 14. Juli 1770 verhandelten Fall erließ, enthält folgende Sätze:

Die Fassung der l. 73, §. 1 und 2 de judic. (5, 1) läßt überall keinen Zweifel darüber, daß im Fall des **terminus circumductus** nicht bloß die Wirkung der letzten peremtorischen Ladung, sondern die ganze Instanz aufgehoben und in Folge dessen dem Kläger die Verfolgung seines Rechts nur in der Weise möglich sein soll, daß er den Proceß wieder von vorne beginnt. Wie verschieden auch übrigens die Ansichten der Ausleger in Bezug auf die angeführte Gesetzesstelle sind: rücksichtlich des hervorgehobenen Punctes besteht keine Differenz.

Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs. §. 26.

Hartmann, Ueber das Contumacialverfahren. §. 16.

Im Anschluß an die l. 73, cit. hat sich in der gemeinrechtlichen Praxis der Satz ausgebildet, daß, wenn beide Parteien auf die in Folge der Klage ergangene Ladung ausbleiben, der Termin für circumducirt und die Wirkung der Ladung für erloschen erachtet wird.

Danz, Grundsätze des ordentlichen Processes. §. 119.
Linde, Civilproceß. §. 200.
Glück, Erläuterung der Pandecten. Bd. 3, Seite 408.

Die Hof- und Landgerichts-Ordnung II. Tit. VIII. §. 3 bestätigt diesen gemeinrechtlichen Satz. Bleibt der Kläger allein aus, so verliert er gleichfalls das für ihn aus der Ladung begründete Recht auf Beendigung des Processes bei dem angegangenen Gerichte. Die Fortsetzung des eingeleiteten Processes ist nicht mehr eine Pflicht, sondern nur noch ein Recht des Beklagten, welchem in diesem Falle gemeinrechtlich die Wahl zwischen der einseitigen Fortsetzung des Processes und dem Antrage auf Absolution von der Instanz zusteht.

Vgl. die angeführten Schriftsteller, so wie die Hof- und Landgerichtsordnung II. 1, §. 2 und II. 8, §. 1.

In gleicher Weise wie durch den richterlichen Ausspruch der absolutio ab instantia wird aber auch durch die Abkündigung des Klägers die Wirkung der ersten auf seine Klage ergangenen Ladung aufgehoben. Denn durch diese Abkündigung wird der Beklagte thatsächlich von der Citation und der Pflicht des Erscheinens in dem angesetzten Termine entbunden. Da aber in dem zur Frage stehenden Stadio des Processes die Instanz noch nicht aus etwas Weiterem, als der ergangenen Ladung besteht, so fällt hier die Entbindung von der Ladung und dem anberaumten Termin mit derjenigen von der Instanz und dem Gerichtsstande zusammen, wie auch unzweideutig in der Kammergerichts-Ordnung Theil 3. Tit. 42 anerkannt wird. Das Wegfallen der — — — exceptio litis pendentis ist demnach die nothwendige Rechtsfolge der von des Klägers Seite geschehenden Abkündigung des ersten auf seine Klage angesetzten Termins.

7.

Die Bestimmung der Hof- und Landgerichts-Ordnung Thl. 2, Tit. 18, §. 1 über die Mutatio libelli ist auf eine klagende Armenpartei nicht anwendbar.

Bi. 614/1848.

Das Oberappellationsgericht sprach sich im Erkenntniß vom 18. Juli 1853 über diesen Satz in folgender Weise aus:

Die Bestimmung der Land- und Hofgerichts-Ordnung Thl. 2, Tit. 18, daß der Kläger zu einer Aenderung oder Besserung der Klage nur zugelassen werden solle, wenn er dem Beklagten zuvor alle Kosten erstattet habe, soll Letzterem die Wiedererlangung derselben erleichtern. Den Vermögenden drückt sie auf keine Weise, er kann die Bedingung leicht erfüllen und so der neuen Klage jeder Zeit Gehör verschaffen. Gegen ihn gewährt die Vorschrift also nur ein Mittel, seinem bösen Willen oder seiner Saumseligkeit ein Ende zu machen. Ganz anders erscheinen die Verhältnisse, wenn der Kläger nicht im Stande ist, die Kosten zu bezahlen. Wollte man den Satz auf diesen Fall zur Anwendung bringen, so würde er dem Beklagten, einem Dürftigen gegenüber, viel mehr bieten, als im Streite gegen einen Wohlhabenden, und dem Armen wegen seiner Armuth unmöglich machen, sein Recht zu verfolgen.

Niemand soll aber Armuthshalber rechtlos gelassen werden.

Cammergerichts-Ordnung von 1555. Thl. 1, Tit. 19, §. 5.

Dieser Grundsatz ist ein allgemeiner. Er soll den Armen den Zugang zu den Gerichten öffnen, wo solcher dem Vermögenden nicht verschlossen ist, und daß er nicht bloß zur Stundung von Gerichtsgebühren und Erlangung eines Rechtsbeistandes verhilft, sondern auch auf processualische Forderungen Einfluß übt, welche der Proceßgegner nach sonstigen Regeln stellen darf, zeigt die gesetzliche Befreiung des Armen von den gewöhnlichen Proceßcautionen. Zudem gehören die Klagen der armen Leute, Wittwen und Waisen zu den privilegirtesten Sachen und sind namentlich die Untergerichte angewiesen, ihnen schleunigst und wo möglich auf einem Gerichtstage zu helfen.

Land- und Hofgerichts-Ordnung. Thl. 2, Tit. 1, §. 10.

Diese allgemeinen Grundsätze modificiren von selbst die angeführte Bestimmung der Land- und Hofgerichts-Ordnung dergestalt, daß der Beklagte die Einlassung auf die neue Klage nicht verweigern darf, sobald vorliegt, daß der Kläger die rückständigen Kosten der bisherigen Verhandlung zu bezahlen außer Stande ist. Eine Benachtheiligung des Beklagten ist darin,

daß er wegen einer, wenigstens zur Zeit werthlosen Kostenforderung nicht berechtigt sein soll, die Aufnahme eines neuen Streits mit dem Schuldner abzulehnen und der richterlichen Entscheidung über dessen Ansprüche zu entgehen, auf keine Weise zu finden. Gegen chikanöse Proceßführungen schützen andere Mittel, und hier fehlt aller Anlaß zu Vermuthungen dieser Art.

8.

Ueber die Pflicht des klagend auftretenden Regierungsprocurators, sich auf die der Klage opponirten Einreden, welche mit dem Klagegrunde nicht zusammenhangen, einzulassen. Zi. 87/1854.

Ein seit mehreren Jahren mit halbem Solde in den Ruhestand versetzter Landesherrlicher Diener war wegen rückständiger Zinsen einer auf sein Wohnhaus für den Landesherrn intabulirten Forderung von einem zu diesem Zwecke bestellten Regierungsprocurator belangt worden. Er berief sich dieser Klage gegenüber darauf, daß er ohne Urtheil und Recht wider seinen Willen aus dem Dienste entlassen worden sei und seit Jahren nur die Hälfte der ihm bei seiner Anstellung zugesicherten Einkünfte beziehe, so daß ihm die von der Einlassung befreiende **exceptio spolii, event.** die **exceptio compensationis** zustehe.

Die Justiz-Canzlei zu Schwerin entschied, daß in der Dienstentlassung ein **spolium** nicht zu befinden sei und überhaupt auf beide Einreden zur Zeit und so lange das **procuratorium** des Klägers darauf nicht erstreckt worden sei, nicht eingegangen werden könne. Das Oberappellationsgericht motivirte die unterm 8. März 1855 erlassene bestätigende Entscheidung also:

Es ist zwar richtig, daß ein klagend auftretender Regierungsprocurator auf alle dem Beklagten zustehenden Vertheidigungsmittel in demselben Maaße wie jeder Privatkläger gefaßt sein muß, und eine Einrede nicht deshalb zurückweisen darf,

weil deren Fundament mit dem der Klage in keinem Zusammenhange steht und das **procuratorium** nicht ausdrücklich die Erörterung des dabei zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses gestattet. Die Befugniß und die Pflicht des Procurators, sich auf alle Einreden einzulassen, versteht sich von selbst und liegt stillschweigend in dem Auftrage, den geltend zu machenden Anspruch zur richterlichen Entscheidung, welche ohne eine erschöpfende Prüfung aller elidirenden Einreden unmöglich ist, zu bringen. Andererseits kann indessen das Vertheidigungsrecht des Beklagten, so unbeschränkt es im Uebrigen auch sein mag, niemals über die in objectiver Hinsicht der richterlichen Competenz gesetzten Grenzen hinausgehen und darf daher auch nicht dazu benutzt werden, Verhältnisse, die der Beurtheilung durch die Gerichte nicht unterliegen, in den Rechtsstreit zu ziehen. Ausgeschlossen von der Cognition der Landesgerichte sind nun aber unzweifelhaft alle Anordnungen des Landesherrn, welche, im Gegensatz zu rein privatrechtlichen Acten, als Ausübungen von Hoheitsrechten sich darstellen. Ueber die Rechtmäßigkeit einer von der höchsten Staatsgewalt getroffenen Maaßregel kann natürlich ein Unterthan von seinem privatrechtlichen Standpuncte aus nicht streiten, mithin auch keine von jener unzulässigen Vorfrage abhängigen Entschädigungsforderungen erheben, ehe der Landesherr ihm zu solchem Zwecke den Rechtsweg eröffnet und damit aus eigener Entschießung die Maßregel selbst wieder in Frage gestellt hat. In allgemeinerer Fassung findet sich der hier in seiner unbestreitbarsten Anwendung vorliegende Grundsatz in dem bekannten, den Unterschied zwischen Administrativ- und Justiz-Sachen erläuternden Rescripte vom 23. Juni 1838 (Raabe, II. Seite 282) dahin ausgesprochen, daß überhaupt Entschädigungsansprüche gegen eine Behörde, die kraft ihrer obrigkeitlichen Gewalt eine, angeblich in Privatrechte eingreifende Bestimmung, Anordnung oder Verfügung erlassen hat, erst dann an die Gerichte gelangen können, wenn die höhere Administrativbehörde die Sache ausdrücklich dorthin verweist oder mindestens die gravirliche Verfügung wieder aufhebt, und derselben damit ihren obrigkeitlichen Charakter nimmt.

Hieraus ergiebt sich für den gegenwärtig zu entscheidenden Rechtsfall ohne Weiteres, daß der Kläger die Entlassung des Beklagten aus seinem Dienste, so wie die damit verbundene Schmälerung seiner bisherigen Einkünfte, nicht zu vertreten hat; denn es fehlt demselben nicht nur an der, dazu allerdings erforderlichen speciellen Ermächtigung, er hat vielmehr sogar bescheinigt, daß dem Beklagten die Betretung des Rechtsweges in dieser Angelegenheit bereits definitiv versagt worden sei. Aus demselben Grunde mußte sich die Justiz-Canzlei rücksichtlich der auf die Dienstentlassung gebaueten **exceptiones spolii et compensationis**, so wie rücksichtlich der auf demselben Fundamente beruhenden Widerklage für zur Zeit incompetent erklären.

— — —. Unter diesen Umständen hat die — — — — in dem **Decretum a quo** mit Recht verneinte Frage, ob überhaupt in der Verabschiedung des Beklagten ein **spolium** zu befinden sei, zur Zeit kein rechtliches Interesse. — — — — — — — — — — — — — — — — —

9.

In Bezug auf das dem Richter bekannte fremde Recht bedarf es keiner Beweisauflage. No. 344/1841.

Das Oberappellationsgericht spricht sich in den Gründen des Erkenntnisses vom 16. November 1843 über den vorstehenden Satz folgendermaaßen aus:

— — — — — — — — — — — — —

3. — An der — — Ansicht: daß das fremde Recht, auf welches eine Partei die von ihr behaupteten Gerechtsame gründet, von derselben als eine **res facti** erwiesen werden müsse, ist zwar so viel richtig, daß der Richter an sich nur das Recht seines Landes zu kennen braucht, das ihm unbekannte in Betracht kommende auswärtige Recht aber ignoriren und deshalb von der Partei, welche ihr Recht aus demselben ableitet, den Beweis desselben verlangen darf. Dieses hat seinen Grund darin, daß

der Richter vermöge seines Amtes nur zu der Kenntniß des inländischen Rechts verbunden ist; außerdem hat man eine Bestätigung dafür in einer, nicht unmittelbar hieher gehörigen, Stelle des Canonischen Rechts

cap. 1 in VI. de constitutionibus (1, 2)

gefunden, in welcher beiläufig bemerkt wird, daß die besonderen Gewohnheiten und Statuten einzelner Gegenden und Orte „sint facti et in facto consistant.“ Auch ist man allerdings darin einverstanden, daß der inländische Richter das ausländische Recht ignoriren darf.

Weber. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung. II., 3 edit. 2, S. 16.

Borst. Ueber die Beweislast. §. 5, S. 2 a. E.

Gesterding. Ausbeute von Nachforschungen. Band IV., Abth. 2, S. 28.

4. — Weiter aber ist die angeführte Ansicht der vorigen Urthel nicht für richtig zu halten. Es ist mit dem so eben Erwähnten nicht gesagt, daß der Richter das ihm, z. B. aus vorliegenden gedruckten Gesetzen und anderen gedruckten Erkenntnißquellen, hinreichend bekannte auswärtige Recht nicht auf den Grund seiner Kenntniß desselben zur Anwendung bringen dürfe, sondern ungeachtet dieser seiner Kenntniß desselben erst auf den Beweis desselben erkennen müsse. Für eine solche Beschränkung des Richters in der Anwendung des auswärtigen Rechts haben auch ihre Vertheidiger, wie

Borst, loc. cit. S. 3

keine haltbaren Gründe angeführt. Sie ist so wenig durch die Natur der Sache, als durch positive Bestimmung des gemeinen oder inländischen Rechts geboten. Am wenigsten haben die deutschen Gerichte je an ihrer Befugniß gezweifelt, die ihnen hinreichend zugänglichen und bekannten Rechte anderer deutscher Länder aus ihrer eigenen Kenntniß und Beurtheilung derselben zur Anwendung zu bringen. Auch die

Güstrowsche Canzlei-Ordnung part. I. Tit. 5, §. 17

enthält in dieser Hinsicht nur eine Wiederholung der, in rat. 3 erwähnten, gemeinrechtlichen Grundsätze über die Befugniß

des Richters, das auswärtige Recht und die besonderen Gewohnheiten und Statuten einzelner Orte zu ignoriren.

5. — — — — — — — — — — —

10.

Beweislast beim Streit über den reinen oder unter einer Suspensivbedingung erfolgten Abschluß eines Contractes. So. 1140/1855.

Auf die vom Kaufmann S. zu L. gegen den Gutsbesitzer H. auf W. bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow wegen Lieferung von 6000 Pfund rothen Kleesaamen erhobene Klage ließ sich der Beklagte dahin vernehmen, daß er den reinen und unbedingten Abschluß des Handels leugnete und als den wahren Sachverhalt angab, daß er zwar dem Kläger das fragliche Geschäft ganz so, wie dasselbe in der Klage behauptet worden, angeboten habe, die Perfection des Contracts aber unter Zustimmung beider Parteien davon abhängig gemacht sei, daß der Kläger ihm nach einer vorgezeigten Probe 1000 Pfund rothen schlesischen Klee und falls diese Quantität zu seinem — des Beklagten — Bedarf nicht ausreiche, das weiter Erforderliche zu dem Preise von 16 Thlrn. Cour. pro 110 Pfund Hamburger Gewicht überlasse. Diese Suspensivbedingung sei nicht erfüllt worden, da Kläger bald darauf die Unmöglichkeit der Lieferung des schlesischen Klees nach der gegebenen Probe erklärt habe. In der Replik leugnet der Kläger die Hinzufügung der Bedingung und sucht auszuführen, daß der Beklagte die Verabredung derselben beweisen müsse.

Das erste Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow vom 21. Juli 1855 legt dem Kläger den binnen drei Wochen zu erbringenden Beweis des Kaufgeschäftes in Gemäßheit der Klagebehauptungen dahin auf:

daß der Beklagte

1. ihm Ende Februar 1855 in seiner Wohnung zu W. 6000—8000 Pfund rothen Kleesaamen nach einer ihm vom

Beklagten vorgezeigten Probe in der Weise verkauft, daß er dem Letzteren für 110 Pfd. Hamburger Gewicht, **incl.** der von demselben zum Zwecke des Transportes dieses Saamens herzugebenden Säcke und **incl.** der Verpflichtung, diesen Saamen nach L. zu liefern, 14½ Thlr. Cour. habe zahlen sollen, und

2. sich außerdem verpflichtet, dem Kläger von diesem ihm verkauften Kleesaamen 800 Pfund am 4. März 1855, die Hälfte des Restquanti am 20. **ejusd. mens.** und den Rest am 28. **ejusd. mens.** nach L. zu liefern.

Dem Beklagten wurde der binnen gleicher Frist, insbesondere dahin zu führende directe Gegenbeweis freigelassen:

daß der in Frage stehende Handel nur unter dem Vorbehalte abgeschlossen worden, daß der Kläger ihm nach einer von demselben vorgezeigten und ihm übergebenen Probe 1000 Pfd. schlesischen rothen Klee, und falls diese Quantität zu seinem, Beklagtens, Bedarf nicht ausreiche, das weiter Erforderliche zu dem Preise von 16 Thlrn. Cour. **pro** 110 Pfund Hamburger Gewicht überlasse und verabreiche.

Auf Appellation des Klägers erfolgte unterm 15. October 1855 der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts, dessen Gründe also lauten:

Wenn der Beklagte in [2] **prior.** Seite 2 nur zugesteht, daß ihm, dem Kläger, der der Klage zu Grunde gelegte Kleehandel angeboten worden, und sodann bemerkt, daß die Perfection des Handels unter beiderseitiger Zustimmung von der daselbst näher bezeichneten Bedingung abhängig gemacht sei, so hat derselbe den Abschluß eines, die vorliegende Klage rechtfertigenden Vertrages bestimmt geleugnet. Die thatsächliche Lage des Streites wird durch seine, des Klägers, Behauptung verschoben, derzufolge der Beklagte es zugestanden haben soll, daß der libellirte Kleehandel stattgehabt habe, und derzufolge ferner in der Berufung auf die Suspensivbedingung die Behauptung einer selbständigen, im Wege der Einrede geltend zu machenden Thatsache

enthalten sein soll. Erwägt man nämlich, daß aus einem bedingten Vertrage während des Schwebens der Bedingung überall noch keine klagbare Verbindlichkeit entsteht, so muß anerkannt werden, daß die Frage über das Vorhandensein einer bedingten oder unbedingten Einigung der Contrahenten einen durchaus wesentlichen und für die Identität des Vertrages entscheidenden Punct betrifft. Der von dem Beklagten zugestandene bedingte Kaufcontract ist daher ein wesentlich anderer, als der, der Klage zu Grunde gelegte unbedingte Contract. Der letztere ist von dem Beklagten geleugnet worden; auch hat derselbe neben dieser negativen Litiscontestation keineswegs thatsächliche Erklärungen zugestanden, aus welchen bis zum etwanigen Beweise der Hinzufügung einer Suspensivbedingung zu folgern wäre, daß sich die beiden Parteien unbedingt geeinigt haben. Mit Recht hat daher das vorige Erkenntniß, in Uebereinstimmung mit der, neuerdings wiederum von Wetzell (System des ordentlichen Civilprocesses §. 19) vertheidigten Ansicht, ihn, den Kläger, für schuldig erklärt, den Abschluß des streitigen Kaufgeschäftes zu beweisen. Auch beschwert es ihn nicht, daß die in dem vorigen Erkenntnisse sub Nr. 1 und 2 erwähnten einzelnen Vertragspuncte in die Beweisauflage aufgenommen worden sind; denn dieselben betreffen nur den wesentlichen Inhalt des streitigen Handels; der nach dem Obigen ihm, dem Kläger, obliegende Beweis des Contractsabschlusses kann aber nur durch den Nachweis erbracht werden, daß die Parteien sich über die wesentlichen Puncte des Vertrages geeinigt haben.

11.

Ueber die rechtliche Bedeutung von Geständnissen, welche vor Beginn des anhängigen Rechtsstreites zu anderen unter denselben Parteien verhandelten Acten abgegeben worden sind. De. 130/1838.

Der Bäckermeister D. zu D., welcher von dem Krämer M. daselbst im Jahre 1814 zur Erbauung eines Hauses theils ver-

schiedene Baumaterialien, theils baare Vorschüsse erhalten hatte und demselben dadurch angeblich 2500 Thlr. N$^{2}/_{3}$ schuldig geworden war, wurde im Jahre 1835 von seinem Gläubiger zunächst wegen rückständiger Zinsen belangt. Nach der Behauptung des Klägers waren die zu vier Procent pro anno vorbedungenen Zinsen zwar bis 1828 im Gesammtbetrage von 1400 Thlrn. berichtigt, in den letzten 7 Jahren aber unbezahlt geblieben. In der Vernehmlassung hatte der Beklagte das Zinsversprechen geleugnet und außerdem bestritten, daß seine Schuld sich auf 2500 Thlr. belaufe, da der Kläger selbst, der übrigens nie zur Rechnungsablegung zu bewegen gewesen sei, den Betrag im Ganzen immer nur zu 2000 Thlr. angegeben habe. Die bereits gezahlten 1400 Thlr. wollte er auf dieses Capital von 2000 Thlrn., für welches er sich im Laufe der Verhandlungen wiederholt und bestimmt als Schuldner bekannte, abgerechnet wissen. Dieser Proceß endete mit einer reinen Abweisung des Klägers, nachdem der Beklagte den ihm deferirten Schiedseid dahin abgeleistet hatte, daß er die in einer Anlage zur Replik einzeln aufgeführten baaren Darlehne nicht empfangen und die specificirten Waaren zu den beigesetzten Preisen nicht erhalten, auch nicht verheißen habe, die Schuld von 2500 Thlrn. mit vier Procent jährlich verzinsen zu wollen.

Nun traten die Erben des inzwischen verstorbenen Klägers im Jahre 1849 mit einer neuen Klage hervor, mit welcher sie unter Bezugnahme auf die in dem früheren Rechtsstreite erwachsenen und auf ihren Antrag sofort jungirten Acten diejenigen 2000 Thlr forderten, welche der Beklagte nach seinem eigenen Geständnisse ihrem Erblasser für gelieferte Baumaterialien und baare Darlehn schulde. Der Beklagte wandte ein, daß die Entstehungsgründe des libellirten Anspruches viel zu unbestimmt angegeben seien und dieser Mangel durch die Verweisung auf die jungirten Acten um so weniger ersetzt werden könne, als die einzige dort vorliegende Rechnung in Folge des geleisteten Schiedseides für unrichtig zu halten sei. Ein unumwundenes und bündiges Schuldbekenntniß abzulegen, sei nie seine Absicht gewesen, auch habe es dazu in dem Streite über das Zins-

versprechen an aller Veranlassung gefehlt. Jedenfalls dürfe er jetzt, da die Zinsforderung rechtskräftig aberkannt sei, die bereits gezahlten 1400 Thlr. am Capitale kürzen. Endlich sei auch die Klage auf eine im Jahre 1814 entstandene Forderung längst verjährt.

Der erste Richter hielt die Klage für begründet und liquide und reservirte dem Beklagten unter Verwerfung aller übrigen Einreden nur den Beweis, daß die von ihm in den Jahren 1814—1827 bezahlten 1400 Thlr. in Abschlag auf die Schuld von 2000 Thlrn. entrichtet seien.

Auf Appellation des Beklagten reformirte jedoch die Justiz-Canzlei zu Schwerin dahin, daß zunächst die Kläger unter gestattetem Mitgebrauche der jungirten Acten beweisen müssen: Beklagter habe von ihrem Erblasser 2000 Thlr. N⅔ oder wie viel weniger theils baar, theils durch Creditirung des zugestandenen Preises für gelieferte Baumaterialien erhalten. — Dieses Urtheil wurde auf weitere Appellation des Beklagten vom Oberappellations-Gerichte aus folgenden Gründen bestätigt.

1. — Zur Begründung ihrer jetzigen Klage haben die Appellaten sich in [1] prim. inst. zunächst nur darauf berufen, daß der Appellant in dem früher unter ihnen verhandelten und rechtskräftig entschiedenen Processe pto. rückständiger Vertragszinsen einer Kapitalschuld von 2500 Thlrn. N⅔ wiederholt unumwunden eingeräumt habe, ihrem Vater und Erblasser zwar nicht 2500, wohl aber 2000 Thlr. N⅔ theils an empfangenen baaren Darlehen, theils an creditirten Kaufgeldern für gelieferte Baumaterialien schuldig geworden zu sein. Auch der durch das Respons vom 8. December 1849 veranlaßte Nachtrag zur Klage, [2] prim. inst., geht nicht, wie der Richter es vorgeschrieben hatte, auf die einzelnen Obligationen, aus denen die libellirte Gesammtschuld zusammengesetzt sein soll, zurück, sondern verweist wiederholt auf die in jenem früheren Rechtsstreite verhandelten Acten, aus denen hervorgehe, daß der Beklagte seinen eigenen Angaben nach durch baare Anleihen und Kauf eine Schuld zu dem jetzt geforderten Betrage contrahirt habe. In der That ergeben jene Acten, welche sofort jungirt worden sind,

die Richtigkeit der klägerischen Behauptung. Schon in seiner Vernehmlassung auf die damalige Zinsenklage [18] **act. junct.**, war der Beklagte geständig, baares Geld und Baumaterial erhalten zu haben. Zwar wollte er, da die Preise für die einzelnen Lieferungen an Eichenholz, Nägeln u. s. w. nicht ausdrücklich ausbedungen seien, den ganzen Betrag seiner Schuld nur daher kennen, daß der Kläger, ohne jemals eine specificirte Rechnung zu legen, denselben in runder Summe zu 2000 Thlr. N⅔ angegeben habe; daß aber das schuldige Kapital diese Höhe erreiche, gab er ausdrücklich zu, er bestritt nur den Mehrbetrag von 500 Thlrn. N⅔ und das Zinsversprechen. Im ganzen weiteren Verlaufe des Prozesses blieb er dabei und hob es bei jeder sich darbietenden Gelegenheit mit größter Bestimmtheit nachdrücklich hervor, daß er aus den erwähnten Verpflichtungsgründen allerdings 2000 Thr. N⅔, aber nicht mehr schuldig geworden sei, von diesem Kapitale jedoch nie Zinsen versprochen habe. Die hieher gehörenden, völlig unzweideutigen Stellen der Duplik, [22] **act. junct. pag.** 9, und der Beweisanfechtungsschrift, [60] **ibid. pag.** 26, sind bereits in den Entscheidungsgründen zu dem im gegenwärtigen Processe ergangenen erstinstanzlichen Urtheile, **A ad** [27] **prim. inst.**, angeführt worden; eben so unumwundene, jedes Mißverständniß ausschließende Erklärungen finden sich in den auf den früheren Rechtssteit bezüglichen Acten der Justiz-Canzlei zu Schwerin, [1] **pag.** 3, [8] **pag.** 5, [28] **pag.** 4 **act. Cancell.**

2 — Die Ansicht des Appellanten, als hätte er seine Einlassung auf die Zinsenklage mit einer einfachen Verneinung des behaupteten Zinsversprechens abschließen können, ist unrichtig. Zur Substanziirung der Klage war die Angabe des Kapitals, dessen angeblich bedungene Zinsen gefordert wurden, ganz wesentlich, und es gehörte daher zur vollständigen Litiscontestation, daß der Beklagte sich über die Kapitalschuld, deren Entstehungsgründe und Umfang erklärte. Der damalige Sachwalt des Appellanten hat also dadurch, daß er hierüber eine bestimmte Erklärung abgab, die Grenzen des Rechtsstreites und die zu dessen Führung ihm ertheilte unbeschränkte Vollmacht

keineswegs überschritten, vielmehr nur eine seinem Mandanten obliegende Pflicht erfüllt. Daß er hiebei instructionswidrig verfahren sei, und den Auftrag gehabt habe, sich über den fraglichen Punct in anderer Weise bestimmt auszusprechen, ist eine, bereits vom ersten Richter mit Recht als unbeachtlich zurückgewiesene Ausrede, welche, wenn sie thatsächlich begründet wäre, den Appellanten schon während der Dauer des vorigen Processes veranlaßt haben müßte, der beharrlich in allen Stadien des Rechtsganges festgehaltenen Erklärung seines Sachführers entgegenzutreten.

3. — Was nun die rechtliche Bedeutung der hier in Bezug genommenen früheren Erklärungen des Appellanten betrifft, so können dieselben, da sie zu anderen Acten außerhalb und vor Beginn des jetzigen Processes abgegeben sind, für gerichtliche Geständnisse im technischen Sinne des Wortes

vergl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. VII. S. 41, 44.
Wetzell, System des Civilprocesses, §. 22, S. 122.

allerdings nicht gelten und sind daher nicht geeignet, das streitige Schuldverhältniß für die in dem gegenwärtigen Rechtsstreite zu fällende Entscheidung ohne Weiteres in volle rechtliche Gewißheit zu setzen; allein sie enthalten doch wenigstens eine urkundliche Anerkennung ihrer Schuld, ihres Betrages und ihrer Entstehungsgründe, haben also jedenfalls gleichen Werth mit einem von dem Gläubiger vor Gericht ausgestellten Schuldscheine, welcher unter Anführung der causa debendi die Schuldsumme ausdrückt, bilden daher

argum. l. 25, §. 4 D. de probationibus (22, 3)

ein ausreichendes Fundament für den klägerischen Anspruch und lassen nur noch einem Gegenbeweise Raum. War der Appellant in dieser Hinsicht durch das erste Urtheil verkürzt, so stellt ihn das zweite Erkenntniß dadurch, daß es den Appellaten unter verstattetem Mitgebrauche der jungirten Acten den Beweis des Klaggrundes auflegt und den Gegenbeweis ausdrücklich vorbehält, völlig beschwerdelos.

4. — Von den beiden außer der **exceptio nimis generalis libelli** vorgeschützten Einreden ist die der Klagverjährung offenbar unbegründet, da die in den jungirten Acten enthaltenen wiederholten Schuldbekenntnisse die bei Entstehung des Schuldverhältnisses im Jahre 1814 angefangene Verjährung wieder unterbrochen haben.

l. 7, §. 5 C. praescriptione XXX. annor. (7, 39),

seitdem aber, da der vorige Proceß die Jahre 1835 bis 1846 umfaßt, selbst wenn man von dessen Beginn rechnet, die 30jährige Frist bei Insinuation der Klage und deren Nachtrages am 11. Jan. 1850 noch lange nicht verstrichen war. Die zweite, unter verschiedenen Namen und Gesichtspuncten vorkommende Einrede besteht darin, daß der Appellant diejenigen 1400 Thlr. N⅔, welche er nach den in den jungirten Acten erwiesen vorliegenden eigenen Angaben des klägerischen Erblassers in den Jahren 1814—1827 **successive** gezahlt hat, auf das eingeklagte Kapital angerechnet wissen will. Dies Verlangen ist nur dann gerechtfertigt, wenn der noch fehlende Nachweis geliefert wird, daß jene Summe wirklich in Abschlag auf das schuldige Kapital geleistet worden sei. Die Appellaten sind nämlich bei der von ihrem Erblasser im vorigen Processe aufgestellten Behauptung geblieben, daß die, 14 Jahre hindurch fortgesetzten Zahlungen von je 100 Thlr. als Zinsen des Kapitals geleistet und angenommen seien. Die Beweislast trifft hier unstreitig den Appellanten und wird ihm dadurch nicht abgenommen, daß rechtskräftig feststeht, er sei vorbedungene Zinsen überall nicht schuldig gewesen. Nach bekannter Regel können die auf eine schuldige Summe gezahlten Zinsen, die das erlaubte Maß nicht überschreiten, selbst wenn es an einem besonderen Verpflichtungsgrunde zu deren Entrichtung fehlte, nicht zurückgefordert, mithin auch nicht nachträglich durch einseitige Willkür des Schuldners auf das Kapital verrechnet werden.

l. 26, pr. D. de condict. indebiti (12, 6).

Diese Regel trifft hier zu, da die jährlichen Leistungen des Appellanten unter der Voraussetzung einer Kapitalschuld von

2000 Thlrn. 5 Procent betragen, also innerhalb der gesetzlichen Schranken bleiben, und der Appellant hat daher keine Ursache, sich darüber zu beschweren, daß das in diesem Puncte durch das vorige Urtheil bestätigte erste Erkenntniß ihm den Beweis auferlegt hat, die erwähnten Zahlungen seien abschläglich auf das Kapital geleistet.

12.

Die Eidesdelation ist nur über Thatsachen zulässig.

Be. 799/1855.

In dem Rechtsstreite, welchen die verwittwete B. zu A. beim Amtsgerichte Hagenow als Klägerin wider den Büdner G. daselbst, als Vormund B.'scher Minorennen, wegen Altentheils erhoben hatte, war derselben rechtskräftig der Beweis auferlegt worden:

> daß in dem Dorfe A. ein Gewohnheitsrecht oder eine Ortsüblichkeit bestehe, wonach den Wittwen dortiger Büdner auch ohne desfallsige vertragsmäßige oder testamentarische Bestimmung Seitens der Letzteren ein Altentheil und zwar in welcher Größe und zu welchem Werthbetrege regelmäßig zustehe.

Die Klägerin trat diesen Beweis durch Eidesdelation an, wurde aber damit in drei Instanzen zurückgewiesen, wie auch ihre eventuelle Behauptung keine Berücksichtigung fand, daß ihr für den Fall der Unstatthaftigkeit der Eidesdelation wenigstens zur nachträglichen Verbesserung ihrer Beweisantretung, zu welcher sie durch den Vorschlag glaubwürdiger Zeugen im Stande sei, Gelegenheit gegeben werden müsse.

Die Gründe der Entscheidung des Oberappellationsgerichts vom 4. October 1855 sind folgende:

Die Rechtsregel, daß der Eid nur über bestimmte Thatsachen, und nicht über einen Rechtsbegriff, welcher ein auf Thatsachen beruhendes Urtheil involvirt, deferirt werden darf, gilt im heutigen Rechte ausnahmelos und ohne Rücksicht darauf,

ob die Fassung des rechtskräftigen Beweissatzes auf einen solchen Rechtsbegriff oder auf bestimmte Thatsachen gestellt ist. — — — — — — —

Die eventuell von der Klägerin beantragte Freilassung einer Verbesserung ihrer Beweisantretung ist unstatthaft, weil sie nur angiebt, daß sie durch Zeugen-Vernehmung den Beweis habe erbringen können. Nun darf die Partei, wenn sie **principaliter** die Eidesdelation als Beweismittel gewählt und dieselbe unrichtig formulirt hat, wohl erwarten, daß der Richter ihr zur desfallsigen Berichtigung **ex officio** eine Frist gebe, nicht aber, daß die Frist auch zum Gebrauche anderweitiger Beweismittel offen gehalten werde.

13.

Verpflichtung des Vormundes zur Eidesleistung in Sachen des Mündels. Ha. 531/1848.

Die Vormünder des minderjährigen J. hatten in dem für diesen bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Gutsbesitzer v. H. geführten Rechtsstreite darauf angetragen, daß die Ableistung des ihnen deferirten Eides bis zur Eidesmündigkeit des Curanden ausgesetzt werde. Das Gericht erster Instanz ging mittelst Decretes vom 9. Juli 1852 auf dies Gesuch ein; das Oberappellationsgericht verwarf aber dasselbe auf Querel der Gegenpartei mittelst Bescheides vom 13. September 1852 aus folgenden Gründen:

1. — Dem Pupillen fehlt **persona standi in judicio**; der **tutor**, welcher ihn und seine Güter vertritt, hat für ihn alle die processualischen Handlungen vorzunehmen, die demselben, wenn er großjährig wäre, obliegen würden. Daß hievon die Eidesleistung auf den Schieds-Eid nicht auszunehmen, bestätiget

l. 5 C. de rebus creditis (4, 1)

bestimmt.

2. — Wenn dieses Rescript dem Vormunde auflegt, hinsichtlich einer von ihm selbst erfahrenen Thatsache die Wahrheit

zu beschwören, so kann es an sich kein Bedenken haben, in Ansehung eines factum alienum von ihm das juramentum ignorantiae et credulitatis in so weit zu fordern, als andere proceßführende Personen davon nicht befreiet sind, zumal er den Calumnien-Eid ex animi sui sententia zu leisten hat.

— l. 2, §. 2 C. de jure jurando propter calumniam (2, 59). Hof- und Landgerichts-Ordnung prt. II. Tit. 16, §. 3 —

und das juramentum respondendorum auf das Einzelne geht. Auch zeigt eine feste Praxis, daß der curator furiosi, prodigi, absentis, so wie der curator bonorum und der actor communis im Concurse, die Einlassung auf den ihnen vom Proceßgegner über ihr Wissen und Glauben angetragenen Eid nicht verweigern dürfen.

3. — Die l. 4 pr. D. de in litem jurando (12, 3) enthält nur eine auf der Eigenthümlichkeit des Inhalts des juris jurandi in litem beruhende Ausnahme von der Regel, daß der Vormund verbunden ist, die in den Angelegenheiten des Pfleglings zur Aufrechthaltung der Rechte desselben nothwendig werdenden Eide abzuleisten. Aus den Gründen dieser Annahme läßt sich aber weiter ableiten, daß der Vormund auch nicht zur Ableistung von Wahrheits-Eiden über ihm fremde Thatumstände in den Angelegenheiten des Pfleglings, z. B. über Vorgänge aus der Zeit vor seiner Administration, angehalten werden kann. Hieraus folgt jedoch nicht dasselbe für die jetzigen Eide de credulitate et ignorantiae über fremde Thatsachen, zu deren Ableistung in den Angelegenheiten des Pfleglings der Vormund, nach dem Grundprincipe seiner vormundschaftlichen Verpflichtung zur Eidesleistung, allerdings verbunden geachtet werden muß.

4. — Auch wird die Meinung, daß die Erklärung über den Eid bis zur Eidesmündigkeit des Pupillen zu verschieben sei, durch kein Gesetz unterstützt. Eine solche Sistirung der Sache würde sogar — abgesehen davon, ob man nach heutigem Rechte dem adolescens die Erklärung überlassen dürfte — mit sonstigen processualischen Grundsätzen, insbesondere mit dem

summarischen Verfahren aus einer zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung vorgelegten, klaren Verschreibung ganz unvereinbarlich sein.

14.

Der Eid, welcher in Processen des Landarbeitshauses zu Güstrow demselben deferirt wird, ist nicht vom Syndicus des Landarbeitshauses, sondern von den Mitgliedern der dirigirenden Commission zu schwören. Die Wahl des schwörenden Mitgliedes steht regelmäßig dem Deferenten zu. Wa. 550/1851.

In einem Rechtsstreite des Syndicus des Landarbeitshauses zu Güstrow wider die Gutsherrschaft zu D. hatte die Letztere dem Ersteren einen Eid deferirt und war die Frage über die Art der Ableistung dieses Eides von der Justiz-Canzlei zu Rostock durch Decret vom 24. März 1855 dahin entschieden worden: daß der Syndicus des Landarbeitshauses den Eid für sich und in die Seele der Mitglieder der dirigirenden Commission des Landarbeitshauses zu Güstrow abzuleisten, jedoch vor dem Termine durch Einreichung einer, die Eidesformel wörtlich enthaltenden, von den sämmtlichen Mitgliedern der dirigirenden Commission schriftlich vollzogenen Specialvollmacht deren Zustimmung zur Ableistung des Eides zu dociren habe.

Auf Querel der Gutsherrschaft zu D. reformirte das Oberappellationsgericht diese Entscheidung unterm 30. August 1855 dahin:

daß der zur Frage stehende Eid nicht durch den klagenden Syndicus, sondern, nach Maßgabe der von dem Beklagten unter den Mitgliedern der dirigirenden Commission getroffenen Wahl, von dem Gutsbesitzer N. N. für sich und in die Seele der beiden übrigen Mitglieder jener Commission, unter Beibringung einer die Eidesformel wörtlich enthaltenden Specialvollmacht der beiden letzteren abzuleisten ist.

Gründe.

Abgesehen von der controlirenden und oberaufsehenden Stellung, welche in der Landarbeitshaus-Ordnung vom 3. Febr. 1817, Art. VII., sowie im Reglement zu der Landarbeitshaus-Ordnung, Titel III. und in den provisorischen Bestimmungen vom 25. Februar 1836 der dirigirenden Commission angewiesen wird, ist dieselbe mit der unmittelbaren Entscheidung über Aufnahme und Belassung von Personen im Landarbeitshause betraut worden. Schon die Landarbeitshaus-Ordnung Art. III. sub 20 t., Abs. 3 hat eine hierauf hinweisende Vorschrift. Eingehender behandeln den fraglichen Punct die provisorischen Verfügungen vom 25. Februar 1836, welche von dem Kläger selbst als noch gegenwärtig normirend in Bezug genommen worden sind, und zwar schreiben dieselben sub XIII., 7 vor, daß die Inspection jedes Mal, wenn ein Antrag auf Einlieferung genehmigt oder abgeschlagen werden soll, die Acten mit ihrem Gutachten der dirigirenden Commission vorzulegen und deren Entscheidung abzuwarten habe. Für den Fall, daß ein Vagabonde ohne Anfrage in's Landarbeitshaus gesandt wird, soll die Inspection die betreffenden Acten im Laufe der ersten 14 Tage nach der Einlieferung der dirigirenden Commission vorlegen. Entstehen aber Zweifel bei ihr, ob eine solche Person überhaupt angenommen werden könne, so soll sie den Fall dem Landesherrlichen Dirigenten in der Commission, oder bei Abwesenheit desselben seinem Substituten sofort zur Entscheidung mittheilen. Im Einklang hiemit steht die Vorschrift der Verordnung vom 22. October 1836 sub Nr. 3, nach welcher der Aufnahme von Heimathslosen, die nicht als Vagabonden in die Anstalt gelangen (so wie der Aufnahme der Correctionairs), eine Anfrage der einliefernden Behörde und ein Beschluß der Direction des Landarbeitshauses vorangehen muß.

Nach den hervorgehobenen gesetzlichen Bestimmungen steht es zweifellos fest, daß die Entscheidungen des Landarbeitshauses über die Aufnahme von Personen durch Beschlüsse der dirigirenden Commission erfolgen, diese mithin rücksichtlich des fraglichen Punctes, die das Landarbeitshaus durch ihre Hand-

lungen vertretende Behörde ist. In Folge dessen muß auch bei allen Rechtsstreitigkeiten, welche wegen Annahme eines einstweilen Aufgenommenen, sowie wegen Erstattung verlegter Kosten vom Landarbeitshause gegen andere Behörden erhoben werden, die dirigirende Commission als Vertreterin der Anstalt und mithin als klagende Proceßpartei anerkannt werden. Bestätigt wird diese Consequenz durch die Verordnung vom 8. Oct. 1837, welche im §. 1 rücksichtlich der zur Frage stehenden Fälle geradezu von einem Rechtsstreite der Landarbeitshausdirection spricht.

Nach der vorstehenden Erörterung würde dem Syndicus des Landarbeitshauses nur dann eine über die Competenz eines Vertreters fremder Rechte hinausgehende Stellung eingeräumt werden können, wenn Dies durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften bestimmt wäre. An solchen fehlt es aber gänzlich. Seinem gemeinrechtlichen Begriffe nach hat der Syndicus, als der Vertreter einer juristischen Person, dieselbe Stellung, wie der Procurator, wie auch im Kanonischen Rechte der letztere Ausdruck geradezu auf ihn angewandt wird.

cap. 7 und 9 X. de procuratoribus. (1, 38)
cap. 2 X. de in integrum restitut. (1, 41).

Daß des Klägers Vollmacht in der Form einer allgemeinen Bestallung erfolgt ist, entspricht dem Begriffe eines Syndicus, und ist daher nicht zur Rechtfertigung der Annahme geeignet, daß er andere Rechte und Pflichten, als die dem Syndicus gemeinrechtlich zuständigen hat erhalten sollen. Der Inhalt der Bestallung — Anlage **B. ad** [50] **Canc.** — deutet in keiner Weise auf die Absicht hin, dem Kläger in den Rechtsstreitigkeiten des Landarbeitshauses eine selbständige Parteistellung einzuräumen, wogegen die provisorischen Bestimmungen vom 25. Februar 1836 durch die Vorschrift **sub XIII.** geradezu bestätigen, daß er in Bezug auf die Proceßführung zu der dirigirenden Commission in demselben Verhältnisse der Abhängigkeit steht, wie überhaupt der Sachwalt zu seinem Mandanten. Bei der Verschiedenheit der Verhältnisse kann endlich auf den vorliegenden Fall nicht Dasjenige angewandt werden, was von den Procuratoren der im §. 12 der Anlage zur

Nebenverordnung vom 20. Juli 1840 bezielten Behörden gilt, und ist daher die Berufung auf die Analogie jener Procuratoren nicht geeignet, das dargelegte Resultat zu erschüttern.

In Gemäßheit des Vorstehenden erscheint es nicht als zutreffend, wenn der angefochtene Bescheid bestimmt, daß die Ableistung des zur Frage stehenden deferirten Eides durch den klagenden Syndicus geschehen soll, und muß daher zu diesem Behufe vielmehr auf die dirigirende Commission, als die eigentliche Proceßpartei, zurückgegangen werden. Auf die Art, in welcher der Eid von den Mitgliedern dieser Commission abzuleisten ist, will der Kläger unrichtiger Weise die Principien über die Fassung von Collegialbeschlüssen angewandt wissen. Denn da es bei dem, den Vorstehern einer juristischen Person deferirten Eide darauf ankommt, die gewissenhafte Ueberzeugung ihrer Gesammtheit zu ermitteln, so beruhet es auf einem genügenden Grunde, wenn die einheimische Praxis, mit Rücksicht auf die **l. 97 D. de conditionibus et demonstrat.** (35, 1) und **l. 14 D. ad municipalem** (50, 1) von der Ansicht ausgehend, daß eigentlich alle Vorsteher der juristischen Person den Eid zu leisten hätten, dem Deferenten die Wahl des Schwörenden und zwar in der Regel unter sämmtlichen Vorstehern überläßt, zugleich aber verlangt, daß der Eid auch in die Seele der übrigen Vorsteher, unter Beibringung einer die Eidesformel wörtlich enthaltenden Specialvollmacht der letzteren, abgeleistet werde. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte die Wahl bereits getroffen; Kläger hat aber gegen die Person des Gewählten an sich durchaus keine Einwendungen erhoben und auch keine speciellen Gründe angeführt, derenwegen Einer oder der Andere der beiden übrigen Mitglieder der dirigirenden Commission von der Vollziehung der Specialvollmacht zu dispensiren wäre; der Anführung solcher speciellen Gründe hätte es aber um so mehr bedurft, als nach den wiederholten Erklärungen des Klägers unter den Mitgliedern der dirigirenden Commission in Bezug auf die Acceptation des Eides keine Meinungsverschiedenheit gewesen ist, sie sich vielmehr sämmtlich dafür ausgesprochen haben.

15.
Unstatthaftigkeit der Eidesdelation im fiscalischen Processe. Ba. 817/1856.

Nachdem in erster Instanz von der Justiz-Canzlei zu Rostock in einem fiscalischen Processe die Eidesdelation für unzulässig erklärt worden war, mittelst deren der Deferent den ihm rechtskräftig auferlegten Beweis einer exculpirenden Thatsache zu führen suchte, erfolgte auf Querel des Deferenten unterm 12. Juni 1856 ein bestätigender Bescheid des Oberappellationsgerichts, welcher sich auf folgende Deduction stützt:

Wenn auch auf das Verfahren im fiscalischen Processe vielfach die Regeln des Civilprocesses Anwendung gefunden haben, so läßt sich doch eine völlige Gleichstellung beider keinesweges behaupten. Das Gegentheil ergiebt sich schon aus der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung, welche nach dem Vorgange des jüngsten Reichsabschiedes an die Stelle der artikulirten Form der Klageschrift im ordentlichen Processe die summarische setzte, für den fiscalischen Proceß aber im Tit. XLIV. die Artikel beibehielt. Von Bedeutung ist es in dieser Beziehung ferner, daß eben dort die fiscalischen Sachen gemeinsam mit den peinlichen Sachen abgehandelt werden, dadurch also angedeutet ist, daß dabei die Vorschriften über den Civilproceß keinesweges die allein maßgebenden sein sollten. Ob und in wie weit der fiscalische Proceß auf das altdeutsche Anklageverfahren, welches eine Eidesdelation in der heutigen Gestaltung dieses Beweismittels nicht kannte, zurückzuführen ist, lassen freilich die Landes-Proceßordnungen nicht mit Deutlichkeit erkennen, und auch die Entstehung und Entwickelung des Fiscalats in anderen deutschen Ländern ergiebt eine solche Verbindung nicht.

Vgl. Heffter über das Fiscalat im Archiv des Criminalrechts Jahrgang 1845.

So viel ist in Bezug auf Mecklenburg aber gewiß, daß die angestellten Fiscale auch in eigentlichen Criminalsachen thätig wurden und zwar auch noch zu einer Zeit, als das Inquisitionsverfahren im Criminalprocesse schon das übliche geworden

war. Es ist dies namentlich aus der Vorschrift im Tit. XLIV. §. 4 der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung zu ersehen, imgleichen aus dem Art. 384 sub 1 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, woselbst von fiscalischen Sachen, welche an Leib und Leben gehen, die Rede ist. Erst die Criminalgerichtsordnung vom Jahre 1817 Thl. II. §. 2 und das Rescript vom 21. Jan. 1839 haben in dieser Beziehung eine durchgreifende Scheidung der fiscalischen und der Criminalsachen hervorgebracht, dadurch aber selbstverständlich nicht bewirken können, daß die Regeln des Civilprocesses in einem weiteren Umfange als früher auf den fiscalischen Proceß anzuwenden sind. Insbesondere für das Beweisverfahren darf die gemischte Natur des fiscalischen Processes nicht außer Acht gelassen werden, und es kann danach das Verbot der Eidesdelation Zwecks Führung des Anklagebeweises keinesweges als eine zu einem argumentum a contrario zu benutzende singuläre Bestimmung angesehen werden. So wenig sich der Fiscal mit dem Angeklagten beliebig vergleichen darf, eben so wenig würde es ihm, auch in Ermangelung specieller gesetzlicher Bestimmung, zugestanden werden können, anstatt der Beibringung von Beweismitteln für die Schuld des letzteren auf dessen Eid zu provociren. Daß es bei nur unvollständig gelungenem Anschuldigungsbeweise zu einem Eide des Angeklagten kommen kann, steht damit nicht im Widerspruch. Es ist das lediglich eine Anwendung des, früherhin auch in den eigentlichen Criminal-Untersuchungssachen allgemein angewandten Reinigungseides. Eben so wenig, als dem Fiscal, darf nun auch dem Angeklagten die Eidesdelation Zwecks Führung des Exculpationsbeweises gestattet werden. Zu einer solchen Beweisführung kommt es überhaupt erst, nachdem die Anschuldigung durch Geständniß oder eigentliche Beweismittel erweislich gemacht worden ist. Wie im Criminalprocesse der der That überführte Angeklagte, welcher zu seiner Exculpation besondere thatsächliche Behauptungen vorbringt, aber nicht wahrscheinlich zu machen im Stande ist, verurtheilt wird, eben so sehr liegt es im fiscalischen Processe dem Angeklagten ob, die zu seiner Exculpation vorgebrachten Behauptungen zu erweisen, oder doch

wenigstens soviel dafür beizubringen, daß er seinerseits zum Ergänzungseide zugelassen werden kann. Von dem Fiscal, welcher nicht aus eigenem Rechte, sondern im öffentlichen Interesse litigirt, darf nicht begehrt werden, daß er die durch Nichts belegten Anführungen des Angeklagten mittelst Glaubenseides beseitige.

16.

Unter welchen Voraussetzungen werden die Eltern in Processen der Kinder als Zeugen zugelassen?

Ha. 641/$_{1855}$.

Der Kaufmann H., welcher gegen die unverehelichte J. S. auf Grund eines angeblich rechtsgültig eingegangenen Verlöbnisses auf Vollziehung der Ehe oder Leistung einer Entschädigungssumme geklagt hatte, beantragte in der Beweisinstanz die Vernehmung der Eltern der Beklagten als Zeugen, um durch die Aussagen derselben ihre Consensertheilung sowie die Größe des Vermögens der Tochter zu constatiren und berief sich zur Rechtfertigung dieses Antrages darauf, daß nur die Eltern von den fraglichen Thatsachen Kenntniß hätten und daß es sich um eine Matrimonialsache handle.

Das Oberappellationsgericht verwarf in Uebereinstimmung mit dem Gerichte erster Instanz die beiden vorgeschlagenen Zeugen durch Bescheid vom 16. April 1855. Gründe:

Was die Frage betrifft, ob die beiden Eltern der Beklagten und Productin entgegen der Bestimmung der **l. 6 C. de testibus** (4, 20), auf Grund der in **cap. 3 X. qui matrimonium accusare possunt** (4, 18) für Matrimonialsachen gemachten Ausnahme von der Regel, daß Eltern und Kinder in ihrem gegenseitigen Verhältnisse unfähige Zeugen sind, als Zeugen wider ihre Tochter benutzt werden können, so ergiebt die genauere Prüfung des Inhalts dieser Decretale, in Vergleichung mit den entsprechenden weiteren Entscheidungen des Canonischen Rechts, insbesondere dem **cap. 22** und **cap. 24 X. de testibus** (2, 20)

cap. 27 X. de sponsalibus (4, 1) **cap. 10 X. de probationibus** (2, 19) soviel, daß jene Ausnahme in ihrer unmittelbaren Richtung sich nur auf den Fall bezieht, da die Eltern von Seiten ihrer Kinder in Beziehung auf eine in Frage stehende Ehe als Zeugen vorgeschlagen sind, also, entgegen der Bestimmung der **l. 9 D. de testibus** (22, 5) und der **l. 3 C. eod.** (4, 20) für dieselben Zeugniß ablegen sollen, nicht aber auch auf den hinsichtlich seiner Beurtheilung davon völlig verschiedenen Fall, da die Eltern von Seiten des Gegners ihres Kindes gegen dieses als Zeugen in Anspruch genommen werden, und daß eine Ausnahme von der auf diesen letzteren Fall bezüglichen Regel der **l. 6 C. cit.** aus jener Decretale, in Beihalt des **can. 1 C. XXXV. qu.** 6 höchstens in soweit abgeleitet werden kann, als ein trennendes Ehehinderniß zur Ermittelung steht. Um so weniger läßt sich also aus den Gründen, womit jene Decretale die von ihr hinsichtlich der Zeugnißunfähigkeit der Eltern im Verhältnisse zu ihren Kindern gemachte Ausnahme zu rechtfertigen sucht, wie hin und wieder geschehen, der Satz begründen, daß an sich unfähige Zeugen allgemein wenigstens dann zum Zeugniß zuzulassen sind, wenn der Beweis nach der Natur des obschwebenden Streites nur durch sie allein geführt werden kann und noch weniger ist es zu billigen, wenn man diesen Satz selbst auf solche Fälle hat anwenden wollen, wo, wie hier, bloß zufällig keine andere, als unfähige Zeugen bei dem zu erweisenden Ereignisse zugegen gewesen sind.

II. Privatrecht.

17.

Die Constatirung der Verschollenheit durch Edictalien ist die Bedingung für die Anwendlichkeit der nach vollendetem siebenzigsten Lebensjahre eintretenden Präsumtion des Todes des Verschollenen.

Lu. 220/1837.

Mittelst Bescheides vom 1. Februar 1838 erklärte sich das Oberappellationsgericht über den vorstehenden Rechtssatz also:

Wenn gleich die gesetzliche Vermuthung des Todes eines Verschollenen durch die Vollendung seines siebenzigsten Lebensjahres begründet wird, so ist doch dieselbe eben so sehr durch das Dasein der Verschollenheit bedingt.

So lange die letztere nicht feststeht, können die Wirkungen des vermutheten Todes, wenn sie gleich demnächst von jenem früheren Zeitpuncte an datirt werden, nicht eintreten. Da aber die Verschollenheit selbst nur durch erfolglos gebliebene Edictalien vollständig rechtlich festgestellt wird, so kann auch die nachgesuchte Todeserklärung nicht eher erfolgen. Diesen Grundsätzen entspricht auch die Analogie der Verordnung vom 22. Juli 1815 §. 1 am Ende, §. 3, §. 4 und die Verordnung vom 30. Juni 1801 steht ihnen nicht entgegen, da dieselbe nur die Anwendung der Vorschriften der Verordnung vom 8. März 1774, daher auch der in derselben verordneten eigenthümlichen Edictalien, auf die Verhältnisse des Verschollenen, welche das siebenzigste Lebensjahr erreicht haben, verboten, im Uebrigen aber rücksichtlich der letzteren auf das vorhandene Recht erwiesen hat.

18.

Ueber die Präsumtion der Lebensfortdauer verschollener Personen. Ke. 932/1853.

In dem Testamente der Wittwe K. war der Tuchmacher W. zu N. mit einer Jahresrente von 10 Thlrn. N⅔, welche ihm jährlich bis an sein Lebensende zu seiner Unterstützung aus dem K.'schen Nachlasse gereicht werden sollte, bedacht worden. Nach dem Tode der Erblasserin hatte er diese auf ein städtisches Grundstück der Erbin intabulirte Rente eine Reihe von Jahren bis 1825 bezogen, war dann aber nach Südamerika ausgewandert und seit dem gänzlich verschollen. Es wurde ihm daher ein curator absentis bestellt und dieser klagte dann 1852 wider den damaligen Besitzer des mit der Rente belasteten Grundstücks auf Nachzahlung der seit 1825 rückständigen Jahresbeträge.

Der erste Richter verurtheilte den Beklagten; das Oberappellationsgericht hob aber dieses Erkenntniß wieder auf und wies durch Urtheil vom 20. Januar 1855 die Klage angebrachter Maßen ab.

Gründe.

1. — — — — — — — — — — —

2. — Der Kläger fordert die seit 1825 rückständige, auf das Wohnhaus des Beklagten intabulirte Jahresrente von 10 Thlrn. N⅔ pro anno, welche seinem Curanden in dem K.'schen Testamente vermacht worden ist, und welche der Beklagte unbestrittenermaßen abzutragen hat, wenn und soweit dieser Anspruch überhaupt begründet ist. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen bildet jede einzelne Jahresrente eines, für die Lebensdauer des Honorirten angeordneten annuum legatum ein besonderes Vermächtniß, dessen Erwerb davon abhängt, daß der Bedachte den Anfang des entsprechenden Jahres überlebe.

l. 4 D. de annuis legatis (33, 1)

l. 10—12. §. 1 D. quando dies legatorum (36, 2)

Im vorliegenden Falle hat der Legatar bis zum Jahre 1824 die Rente bezogen, ist dann nach Brasilien ausgewandert und

hat seitdem Nichts von sich hören lassen. Unter diesen Umständen hält der Kläger sich nicht für verpflichtet, die in der Klage vorausgesetzte, vom Beklagten aber bestrittene Thatsache, daß sein Curande bis in das Jahr 1852 gelebt habe, zu verweisen, weil er eine bei Verschollenen eintretende Rechtsvermuthung für sich zu haben glaubt.

3. — Das gemeine Recht stellt, im Anschluß an eine bekannte Bibelstelle, zunächst nur den Satz auf, daß ein Menschenleben gewöhnlich nicht über 70 Jahre hinausgehe; es werden daher verschollene Personen, seit deren Geburt 70 Jahre verstrichen sind, nach erfolglos gebliebener Edictalcitation für todt erklärt. Durch eine rechtskräftige Erklärung dieser Art wird also der Erfahrungssatz, daß in der Regel die Menschen nicht älter werden, für den concreten Fall zu einer Rechtsvermuthung erhoben und damit festgestellt, der Verschollene werde das gewöhnliche Ziel eines vollen Menschenlebens nicht überschritten haben, er sei mithin jetzt entschieden für todt zu halten und sein Vermögen nunmehr seinen jetzigen Erben zu überweisen. Die weiter gehende Annahme, als ob er bis dahin nun auch wirklich gelebt habe und erst jetzt gestorben sei, liegt hierin nicht und würde überdies wenig für sich haben, da erfahrungsmäßig die meisten Menschen schon früher sterben. Ob der Verschollene einen bestimmten, zwischen dem Zeitpuncte seines Verschwindens und seinem 70sten Geburtstage liegenden Moment noch erlebt habe, bleibt mithin eine offene Frage, auf welche die später erfolgende Todeserklärung keine Antwort giebt. Diese Frage soll nach einer sehr verbreiteten Ansicht freilich schon deshalb bejaht werden müssen, weil überhaupt jedes Verhältniß, dessen Entstehung erwiesen sei, so lange für existent gelte, bis das Gegentheil dargethan werde; allein die hier aufgestellte allgemeine Präsumtion für das Fortbestehen factischer Zustände von ungewisser Dauer ist durchaus unbegründet.

cfr. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Band II. Nr. V. S. 142.

4. — Die gemeinrechtlich unhaltbare Theorie, welche einen Verschollenen bis zu dem Zeitpuncte, von welchem ab eine noch

längere Lebensdauer überwiegend unwahrscheinlich wird, ohne weiteren Nachweis, ja ohne positive Wahrscheinlichkeitsgründe, als lebend behandelt, hat allerdings in Particularrechten vielfach Anerkennung gefunden. Auch die hiesige Landesconstitution zu besserer zweckmäßiger Einrichtung der **cura absentium** vom 8. März 1774 macht davon Gebrauch, indem sie §. 1 zugiebt, daß ein Verschollener während der Dauer der **cura** durch Erbgang oder auf andere rechtliche Weise noch Vermögen erwerben könne. Der Beweis, daß der Verschollene die Zeit des Anfalls noch erlebt habe, verlangt das Gesetz nicht und scheint somit auf den ersten Blick den Anspruch des Klägers vollkommen zu rechtfertigen. Es darf dabei indessen nicht übersehen werden, daß diese Bestimmung, welche auf allgemeine Rechtsprincipien nicht zurückzuführen ist und mithin als eine singuläre sich darstellt, dem ganzen übrigen Inhalte der Constitution gemäß, nur auf solche Erwerbungen sich bezieht, bei welchen die Lebensfortdauer des Erwerbers lediglich als eine allgemeine Voraussetzung seiner Rechtssubjectivität und der davon abhängenden Vermögensfähigkeit in Betracht kommt. Bei Verschollenen wird also ein, nicht nachweisbares, aber doch ganz unerläßliches, *allgemeines* Requisit ihrer Erwerbsfähigkeit kraft einer gesetzlichen Präsumtion als vorhanden angenommen. Dagegen deutet das Gesetz nicht im Entferntesten an, daß jene für das Leben der Verschollenen aufgestellte Rechtsvermuthung auch dann Platz greifen und den sonst erforderlichen Beweis entbehrlich machen solle, wenn, wie dieses bei einem ausdrücklich auf Lebenszeit verliehenen Vermächtnisse der Fall ist, das Factum der leiblichen Existenz des Erwerbers durch eine Privat-Disposition zur *speciellen* Bedingung des Erwerbers gemacht worden ist.

5. — Ferner ist jene Präsumtion offenbar unzureichend zur Vermittelung eines Erwerbes solcher (anomalen) Rechte, welche sich wesentlich an die leibliche Seite der berechtigten Person anlehnen, indem sie unmittelbar solchen Zwecken dienen, welche durch die Thatsache des natürlichen Lebens bedingt wer-

den. Beruhen die entsprechenden Verbindlichkeiten auf Vertrag oder letztwilliger Anordnung, so brauchen sie durch das Bedürfniß des Berechtigten nicht bedingt zu sein; sie können bestehen, obwohl es ihm an eigenen Mitteln nicht fehlt, sie können ferner durch die Willkür der Contrahenten oder des Testators einen beliebigen Umfang erhalten, und daher bald über das Maaß des unumgänglich Nothwendigen hinausgehen, bald nur eine geringe Beihülfe gewähren: bei aller Verschiedenheit im Einzelnen haben sie aber das mit einander gemein, daß der Berechtigte durch die Leistung persönlich unterstützt und gefördert werden soll. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit von solchem Inhalte ist einem Verschollenen gegenüber offenbar unmöglich; hier genügt es nicht, daß man den Berechtigten für lebend hält, sein Leben muß vielmehr gewiß und sein Aufenthalt bekannt sein, damit die Leistung auf seine Person verwendet, oder ihm zur Disposition gestellt werden könne. Unter diesen Gesichtspunct fällt das, dem Curanden des Klägers im K.'schen Testamente ausgesetzte Legat. Wenn die Erblasserin ausdrücklich bestimmt, daß dem Legatar jährlich bis an sein Lebensende 10 Thlr. zu seiner Unterstützung gereicht werden sollen, so hat sie damit eben nur ihm persönlich einen Vortheil zuwenden wollen, und gewiß nicht die Absicht gehabt, ihrer Erbin die Fortentrichtung der Rente an einen **curator absentis**, der außer Stande ist, das Geld stiftungsgemäß zu verwenden, aufzubürden.

Daß der Kläger in die Löschung der, die Rente sichernden Hypothek nicht willigt, so lange an die Möglichkeit einer Wiederkehr seines Curanden gedacht werden kann, ist ganz in Ordnung; an ihn zu zahlen, ist dagegen der Beklagte nicht schuldig.

— — — — — — — — — — — — —

19.

Ueber die Voraussetzungen einer gegen ein Gericht durchzuführenden Schadensklage

hat das Oberappellationsgericht in Sachen des A.'schen Vormundes gegen das Amtsgericht zu D. (Aa.156/1855) folgende Grundsätze aufgestellt:

Eine Gerichtsbehörde, welche als solche mit einem eigenen disponiblen Vermögen nicht ausgestattet ist, daher eine juristische Person im privatrechtlichen Sinne des Wortes nicht darstellt, und eben so wenig befugt ist, das Vermögen ihrer Mitglieder in Processen zu vertreten, kann aus angeblich pflichtwidriger Amtsführung auf Schadenersatz nur dann belangt werden, wenn die Gerichtsherrschaft (Landesherr oder Commüne) für den Schaden aufzukommen hat und verfassungsmäßig zugleich verpflichtet ist, ein wider ihr Gericht ergehendes Urtheil auch gegen sich selbst gelten zu lassen. Fehlt es an dieser zweiten Voraussetzung, so muß die Gerichtsherrschaft selbst unmittelbar in Anspruch genommen werden. Für Fälle der vorliegenden Art ist nun aber nirgends vorgeschrieben, daß die einheimischen Gerichte sich auf einen Proceß mit der Wirkung, daß ihr Constituent mit seinem Vermögen — zu welchem auch die Gerichtscasse gehört — zu haften hätte, einlassen dürften. Unter diesen Umständen kann er, Querulant, eine gegen das Amtsgericht, als solches, zu richtende Klage — wie in dem von ihm aus von Nettelbladt's Rechtssprüchen Bd. III., S. 162 ff. angezogenen Rechtsfalle — jedenfalls nur gegen einen zur Vertretung der Landesherrlichen Interessen zu bestellenden Kammerprocurator durchführen.

20.

Ueber die Unterbrechung der Klagverjährung durch Anstellung der Klage. Ae. 153/1854.

Der Geheime Finanzrath A. zu S. hatte in den Jahren 1817 bis 1821 eine dem Landesherrn und den Ständen ge=

meinschaftliche Casse im beiderseitigen Auftrage verwaltet. Die ihm für dieses Nebengeschäft verheißenen Tagegelder von 1 Thlr. 24 ßl. waren ihm bis zum 1. Juni 1818 zu Theil geworden, seitdem aber bis zum 31. December 1821 im Betrage von 2291 Thlrn. 12 ßl. Courant rückständig geblieben; übrigens hatte er während dieser Zeit eine außerordentliche Remuneration von 1500 Thlrn. N²/₃ erhalten, welche ihm nach seiner Behauptung freilich für eine besonders übernommene Mühwaltung gezahlt, nach der Behauptung der Stände aber nur unter der Bedingung bewilligt war, daß er nunmehr das ganze ihm übertragene Cassengeschäft ohne weitere Vergütung zu Ende bringe. Ständischer Seits war daher, als er am 10. März 1823 um nachträgliche Entrichtung der rückständigen Diäten gebeten hatte, jede fernere Zahlung abgelehnt und vom Landesherrn unterm 25. März 1825 die Erklärung abgegeben worden, Allerhöchst-Sie müßten zwar unter diesen Umständen die Zahlung aus einer gemeinschaftlichen Casse zu verfügen Anstand nehmen, wollten aber demjenigen, was Supplicant gegen die Stände etwa erstreiten möchte, auch Ihrer Seits gern Folge geben. Dieses Rescript veranlaßte nun den A., nachdem er zuvor noch am 3. April 1850 durch Anweisung des Finanzministerii 800 Thlr. N²/₃ erhalten hatte, unterm 27. Dec. 1851 mit einer Klage gegen den Engern Ausschuß von Ritter- und Landschaft hervorzugehen, in welcher er bat, den Beklagten zu verurtheilen, Namens und im Interesse der Stände behufige Verfügung zu treffen, daß ihm die rückständigen Diäten nebst Verzugszinsen zu 5 Procent nach Abzug der bereits empfangenen 800 Thlr. N²/₃ ausgezahlt würden. Um der mit dem Ablaufe des Jahres vollendeten Verjährung zuvorzukommen, ließ er seinen Libell nicht nur am Tage der Uebergabe desselben bei Gericht dem Beklagten durch einen Notar insinuiren, sondern bat auch dringend um sofortige Erkennung des Vernehmlassungsmandats ungeachtet der Weihnachtsferien. Diese Bitte wurde indessen abgeschlagen, das Mandat erst nach den Ferien, am 9. Januar 1852 erkannt und am folgenden Tage dem klägerischen Pro-

curator zugestellt, welcher dasselbe am 12. **ejusd. mens.** zur Insinuation brachte.

Die Justiz-Canzlei zu Rostock wies die Klage auf Grund der vom Beklagten vorgeschützten Verjährungseinrede ab, und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 7. Juli 1856 aus folgenden Gründen:

1. — Einer wiederholten Prüfung der vom Beklagten zunächst vorgeschützten, in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile verworfenen Einrede der mangelnden Passivlegitimation würde es nur dann bedürfen, wenn sich ergeben sollte, daß die Verjährungseinrede, welche den ersten Richter zur gänzlichen Abweisung des Klägers veranlaßt hat, ungeeignet wäre, die Klage vollständig zu elidiren. In Betreff der hienach zuerst in Erwägung kommenden Frage geht der Kläger davon aus, daß die der Landes-Creditcommission von ihm geleisteten Arbeiten, für welche er die vereinbarten Diäten aus der Zeit vom 1. Juni 1818 bis zum 31. December 1821 jetzt fordert, als ein **opus** angesehen werden müßten, und die ihm dafür gebührende Remuneration mithin erst bei Beendigung des ganzen Geschäfts am Schlusse des Jahres 1821 fällig und klagbar gewesen sei. Demgemäß will er erst von diesem Zeitpuncte an die dreißigjährige Verjährung für das ganze Libellat berechnet wissen. Diese Auffassung des Verhältnisses würde indessen nur dann richtig sein, wenn es sich hier um ein Geschäft handelte, welches ein in sich abgeschlossenes Ganzes bildete und dessen Ausführung einen, wenn auch im Voraus nicht genau übersehbaren, jedenfalls nur kurzen Zeitraum in Anspruch genommen hätte. Bezieht sich der Auftrag, wie im vorliegenden Falle, auf eine Geschäftsführung von ungewiß langer Dauer, so ist zwar nicht anzunehmen, daß die nach Diäten festgestellte Vergütung nach der Intention der Contrahenten täglich habe bezahlt werden sollen; eben so wenig entspricht es aber dem präsumtiven Willen der Parteien, daß die bereits verdienten Tagegelder auf ganz angemessene Zeit hinaus unberichtigt bleiben, vielmehr hat in solchen Fällen der Beauftragte schon während seiner Dienstzeit terminliche Zahlungen zu erwarten,

wobei in Ermangelung besonderer Abrede die Zahlungsfristen **ex aequo et bono** zu begrenzen sind. Für die persönlichen Verhältnisse des Klägers kommt in Betracht, daß bei Landesherrlichen Dienern vierteljährliche Gehaltszahlung die Regel bildet, und daß auch die für besonders zu remunerirende Nebengeschäfte ausgesetzten Diäten in denselben Terminen gewährt zu werden pflegen. Hienach hatte der Kläger seiner persönlichen Stellung gemäß nach Ablauf jedes Quartals, d. h. Ende März, Juni, September und December, die Diäten für das zuletzt verstrichene Vierteljahr zu erwarten und anzusprechen und es muß daher

vergl. v. Savigny System des heutigen Römischen Rechts. Bd. V. S. 285.

auch für jede einzelne Quartalrate der Anfang der Klagverjährung vom Tage ihrer Fälligkeit besonders berechnet werden. Wenn also nicht etwa eine Unterbrechung oder ein Stillstand in der Zwischenzeit Statt gefunden haben sollte, so würde die Verjährung der jetzigen Klage für alle bis zum 1. October 1821 aufgelaufenen Diäten am 1. October 1851 respective schon in den einzelnen früheren Terminen und für das letzte Quartal bis Ende 1821 am 1. Januar 1852 vollendet sein.

2. — Eine Unterbrechung der Klagverjährung leitet Kläger zuvörderst daraus her, daß sein Anspruch während des gedachten Zeitraums von Seiten der mitverpflichteten Landesherrschaft anerkannt worden sei. Es ist indessen ein solches Anerkenntniß in den beiden hiefür angezogenen Erlassen überall nicht zu befinden, und es kann daher ununtersucht bleiben, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer eigentlichen Correalschuld gegeben und die Bestimmungen der **l. ult. C. de duobus reis** (8, 40) den jetzt verklagten Landständen gegenüber anwendbar seien. Das Allerhöchste Rescript vom 25. März 1825 gedenkt ausdrücklich des ständischen Widerspruchs gegen die Forderung des Klägers, verweist ihn deshalb auf den Rechtsweg und ertheilt nur die Zusicherung, daß der Landesherr dasjenige anerkennen werde, was der Kläger gegen die Stände etwa erstreiten möchte. Die Verfügung des Großherzoglichen

Finanzministeriums vom 24. December 1849 erkennt allerdings an, daß dem Kläger für die hier in Rede stehenden Cassengeschäfte noch eine Remuneration gebühre, bestimmt aber deren Betrag auf die damals angewiesenen und nach des Klägers eigener Angabe gezahlten 800 Thlr. N⅔. Wie das Ministerium zu der Annahme gelangt ist, daß der Kläger hiemit völlig abgefunden sei, ob namentlich die dabei in Bezug genommene Erklärung vom 4. November 1821 eine nicht bindende und längst widerrufene Vergleichsproposition enthielt, ist ganz gleichgültig; es genügt, daß der jetzt nachgeforderte Mehrbetrag der klägerischen Forderung auch bei jener Gelegenheit jedenfalls keine Anerkennung gefunden hat.

3. — Der Kläger beruft sich ferner darauf, daß die landständische Verfassung seit dem 10. October 1849 bis zum 14. September 1850 in den Schwerinschen Landestheilen sich nicht in anerkannter Wirksamkeit befunden hat, und folgert daraus, daß diese Zeit, während welcher er den jetzigen Beklagten nicht habe belangen können, in die zur Anbringung seiner Klage ihm zustehende dreißigjährige Frist nicht eingerechnet werden dürfe. Dies ist indessen nicht richtig. Die im Römischen Rechte vorkommenden Beispiele eines Stillstandes der dreißigjährigen Verjährung

§. 29 J. de rerum divisione (2, 1)
l. ult. in fin. C. qui bonis cedere possunt (7, 71)
l. 4 in fin. C. de bonis, quae liberis (6, 61)
l. ult. §. 11 C. de jure deliberandi (6, 30)

führen sämmtlich auf das Princip, daß nur eine, die Geltendmachung des Anspruches verhindernde Rechtsregel den Lauf der als tempus continuum zu berechnenden Frist hemme. Vorübergehende rein factische Hindernisse der Klagerhebung bleiben, abgesehen von den im Canonischen Rechte gemachten Ausnahmen, von denen hier keine vorliegt, ganz unbeachtet. Dazu kommt, daß Kläger, wenn er unter der Herrschaft des Staatsgrundgesetzes auch thatsächlich außer Stande sein mochte, den Engern Ausschuß von Ritter- und Landschaft zu verklagen, doch immerhin durch die damaligen öffentlichen Zustände weder rechtlich

behindert wurde, noch (wie die Verhandlung mit dem Großherzoglichen Finanzministerium zeigt) factisch sich abhalten ließ, sein Recht in Gemäßheit der damals geltenden Verfassung, nach welcher es zu dessen Realisirung der ständischen Mitwirkung nicht bedurfte, zu suchen.

4. — Als die gegenwärtige Klage am 27. December 1851 dem competenten Richter übergeben wurde, war dieselbe nach obiger Ausführung rücksichtlich aller bis zum 1. October 1821 fällig gewordenen Diäten bereits verjährt, in Betreff des aus dem letzten Quartale des Jahres 1821 herrührenden Theils der eingeklagten Forderung lief die Verjährungszeit zwar erst nach Uebergabe des Klaglibelles, jedoch ehe derselbe dem Beklagten mit dem unterm 9. Januar 1852 erkannten Vernehmlassungsmandate insinuirt worden war, zu Ende. Für die Diäten des letzten Quartals, aber auch nur für diese, interessirt demnach noch die controverse Frage, ob die Einreichung des Klaglibells bei Gericht, oder erst die darauf hin erfolgte Ladung des Beklagten die Verjährung unterbreche. Dabei muß vorweg bemerkt werden, daß das proceßleitende Gericht zwar ohne eine Nichtigkeit zu begehen, auf die der Klage angehängte Bitte, um sofortige Erkennung des Vernehmlassungsbefehls während der Weihnachtsferien hätte eingehen können,

cfr. l. 1, §. 2, l. 3 D. de feriis (2, 12),

daß jetzt aber, da dies nicht geschehen ist, und der Kläger sich bei dem abschläglichen Response vom 27. December 1851 ad [1] prior., beruhigt hat, auf diesen Punct nicht mehr eingegangen werden kann.

cfr. l. 26 §. 7 D. ex quibus causis majores (4, 6).

5. — Nach älterem Rechte wurde die Verjährung der Temporalklagen durch die Einleitung des Processes überall nicht unterbrochen, erst die Litiscontestation hatte diese Wirkung, indem sie vermöge der ihr zukommenden consumirenden Kraft die **actio temporalis** in eine **perpetua** verwandelte.

l. 8. in fin. D. de fidejussoribus et nominatoribus (27, 7)

l. 9 §. 3 D. de jurejurando (12, 2)

l. 24 pr. D. de liberali causa (40, 12)

l. 29 D. de novationibus (46, 2)

Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 2 §. 208, S. 407 (ed II.)

Hierauf weist auch die bekannte Edictsformel für die prätorischen Annalklagen hin. Mit den Worten: **intra annum judicium dabo**, sagt der Prätor, daß er nur innerhalb des **annus utilis** einen **judex** bestellen werde, also voraussetze, daß während der Verjährungszeit nicht bloß die Klage erhoben, sondern auch das ganze mit der Litiscontestation abschließende Verfahren **in jure** beendet sei. Dasselbe galt endlich auch für die **praescriptio longi temporis** bei den dinglichen Klagen.

l. 10 C. h. t. (7, 33)

l. 26 C. de rei vindicatione (3, 32).

Erst das berühmte Theodosische Gesetz vom Jahre 424 (**l. 3 C. de praescriptione XXX., 7, 39**), welches die dreißigjährige Verjährung für alle bis dahin unverjährbar gewesenen Klagen als Regel aufstellt und die Grundlage des neueren Rechtes in dieser Lehre bildet, fordert, um den Untergang des Klagerechts zu verhüten, nicht mehr, daß im Laufe der bestimmten Frist die Litiscontestation vollzogen werde, sondern begnügt sich damit, daß vor Beendigung der Zeit, in welcher der Kläger seinen Anspruch vor Gericht geltend zu machen hat, die Klage erhoben worden sei. Nach Ablauf der Frist sollen nur die Klagen verloren sein, **quae ante non motae sunt**. Zur Erläuterung dieses Ausdruckes wird indessen hinzugefügt, es müsse außer der Uebergabe des Klaglibelles auch noch die mit dessen Insinuation verbundene und nach der damaligen Gerichtsverfassung durch den Gerichtsvollzieher zu beschaffende Citation des Beklagten erfolgt sein.

Hollweg, Handbuch des Civilprocesses, §. 22, S. 256.

Danach unterliegt es keinem Zweifel, daß wenn die in der **l. 7 pr. eod.** enthaltene spätere Verordnung vom Jahre 525 unter Zurückweisung auf das bestehende Gesetz (**ut lege cautum est**), die Verjährung **per solam conventionem** unterbrochen werden läßt, hiemit eben die **conventio per executorem** gemeint sei, wie denn auch Justinian in **l. 3 C. de annali exceptione Italici contractus** (7, 40) die Unterbrechung des

Zeitlaufes von der unter Mittheilung des Libells geschehenen Citation des Beklagten abhängig macht. Schon die Glosse hebt bei jenem Theodosischen Gesetze mit Nachdruck hervor: **per executorem ergo fit interruptio in XXX. annos,** und bemerkt zu den Worten, **per solam conventionem in l. 7 cit. hoc nomen, solam, non excludit executorem, sed litis contestationem.** Die Richtigkeit dieser Auslegung ist kaum jemals mit beachtenswerthen Gründen bestritten worden; namentlich besteht darüber unter den neueren namhaften Rechtslehrern eine seltene Einstimmigkeit

Vergl. v. Savigny, System, Bd. V., S. 317,
Göschen, Vorlesungen, Bd. I., S. 440,
Heffter, System des Civilprocesses §. 315,
Linde, Civilproceß, §. 200,
Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Processes, ed. XII., §. 152.
Beyer, Vorträge, ed. VIII., S. 557 seq.
Wetzell, System des Civilprocesses, §. 14, S. 87.

Nur Unterholzner (Verjährungslehre Bd. I. §. 124) hält die obigen Bestimmungen des neueren Rechts nicht für hinreichend klar und bleibt daher bei der Regel stehen, daß erst die Litiscontestation die Verjährung unterbreche.

6. — Streitig ist nur, ob der die Verjährung unterbrechende Act, also die Ladung des Beklagten, oder nach Unterholzner's Ansicht, die Litiscontestation, noch vor Ablauf der dreißigjährigen Frist erfolgt sein müsse, oder ob demselben rückwirkende Kraft beizumessen sei, wenn nur der Kläger zu rechter Zeit den Klaglibell übergeben habe. Die zweite Alternative

cfr. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge Bd. 12. S. 319 ff.

wird von Unterholzner a. a. O. nur äußerst schwach mit Zweckmäßigkeitsrücksichten vom Standpuncte des heutigen Proceßrechtes aus vertheidigt, von Puchta aber

vergl. Cursus der Institutionen, §. 208, Bd. II., S. 408 (ed. II.),
Pandecten, §. 90 Nr. 2,

unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen des neuesten Römischen Rechtes, wiewohl ohne nähere Begründung, abgeleitet.

Bei weitem die meisten Rechtslehrer sind der entgegengesetzten Ansicht, welche denn auch in der That die der Geschichte und dem innern Wesen des ganzen Institutes entsprechende ist. Dem älteren Rechte liegt der Gedanke zu Grunde, daß die Litiscontestation nach Art einer Novation wirke, demgemäß das alte verjährbare Klagrecht aufhebe und durch ein neues unverjährbares ersetze. Diese Umwandlung muß natürlich geschehen, ehe das zu perpetuirende Recht durch den Ablauf der Verjährung erloschen ist; auch sagt, wie oben bereits bemerkt worden, das prätorische Edict ganz unzweideutig, daß die Litiscontestation nothwendig in die Verjährungszeit fallen müsse. Demnach kann für das ältere Recht keine Rede davon sein, daß eine Verspätung der Litiscontestation nicht schade, weil deren Wirkung auf einen früheren Act des Rechtsstreites etwa auf die in jus vocatio das vadimonium oder die hernach eingeführte litis denuntiatio zurückbezogen werde. Hätte nun das Gesetz, welches die dreißigjährige Verjährung als Regel vorschrieb und deren Unterbrechung an die vorhin erklärte conventio knüpfte, noch außerdem diesem unterbrechenden Acte eine rückwirkende Kraft beilegen wollen, so wäre dies dem älteren Rechte gegenüber gewiß besonders hervorgehoben worden, statt daß die Worte des Gesetzes ziemlich klar erkennen lassen, der Ablauf der dreißig Jahre vernichte das Klagerecht, wenn nicht vorher schon der Anbringung der Klage die Ladung des Beklagten gefolgt sei — nisi, allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio —. Gegen dieses Resultat der Geschichte und Exegese darf nicht eingewandt werden, die Klagverjährung sei für die actores desides eine Strafe, die nach allgemeinen Grundsätzen wegfallen müsse, wenn der Kläger innerhalb der gesetzten Frist Alles gethan habe, um die Unterbrechung zu bewirken, und nur noch solche Handlungen übrig seien, die von seiner Willkür allein nicht abhingen. Der eigentliche Zweck des Institutes ist keinesweges die Bestrafung einer Nachlässigkeit, die gegen Niemanden ein materielles Unrecht enthält und sogar unter Umständen von einer lobenswerthen Nachsicht zeugen kann; es soll

vielmehr verhütet werden, daß streitige Rechtsverhältnisse durch zu langen Aufschub der Klage verdunkelt, und dem Beklagten die im Laufe der Zeit leicht verloren gehenden Vertheidigungsmittel verkürzt werden. Die **desidia actoris** rechtfertiget nur das zur Erreichung dieses Zweckes gewählte Mittel durch die Betrachtung, daß der Kläger, dem eine ausreichende Zeit zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruches gegeben sei, es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er durch ungebührliches Zögern sein Klagrecht verliere. Damit ist nicht gesagt, daß ihm die ganze Verjährungszeit offen stehe, um noch im letzten Augenblicke die ersten vorbereitenden Schritte zur Einleitung eines Processes zu thun, vielmehr muß dem Zwecke gemäß noch während der gesetzlichen Frist der Beklagte durch Mittheilung des Klaglibells und der darauf ergangenen richterlichen Verfügung von dem bevorstehenden Rechtsstreite Kenntniß', und damit Gelegenheit erhalten, sich zur Abwehr des Angriffes zu rüsten. Ob und wie dem Kläger zu helfen sei, wenn die Decretur auf die rechtzeitig angebrachte Klage wider Erwarten lange ausbleibt, oder wenn er **a limine judicii** zurückgewiesen ist, und dann erst nach Ablauf der Verjährung durch zeitraubende Rechtsmittel die Zulassung erstreitet, braucht hier nicht untersucht zu werden, da keine von diesen Voraussetzungen vorliegt. In einem solchen Falle mag es nach Analogie der **l. 2 C. de annali exceptione Italici contr.** (7, 40) genügen, den bei Gericht bereits eingereichten Libell vorläufig durch einen Notar dem Beklagten zustellen zu lassen, und denselben zugleich von dem Stande der Sache in Kenntniß zu setzen; allein diese, vom Kläger wirklich ergriffene Maßregel kann immerhin, in Beihalt des citirten Gesetzes, nur ausnahmsweise zu Gunsten eines Klägers, der ohne sein Verschulden die Unterbrechung der Verjährung auf dem regelmäßigen Wege nicht erreichen kann, für genügend erachtet werden, kommt aber jedenfalls zu spät, wenn der Kläger mit der Anstellung der Klage so lange gewartet hat, daß die Citation des Beklagten vor Ablauf der Verjährungszeit auch bei der promptesten Rechtspflege gar nicht mehr zu erwarten ist.

21.
Verjährung der Darlehnsklage im Fall eines dreißigjährigen Zinsrückstandes. Concursmäßige Einleitungen haben die Sistirung der Verjährung nicht zur Folge. Lu. 331/1846.

Die Erben des Majors v. F. auf W. klagten unterm 22. Mai 1845 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Rittmeister v. L. auf M. auf Rückzahlung eines Capitals von 2500 Thlrn. N⅔ mit Zinsen, indem sie sich auf eine in fidemirter Copie beigebrachte Schuldverschreibung beriefen, welche der Beklagte in Term. Trinitatis 1805 zu Rostock ausgestellt und in welcher derselbe ihrem — der Kläger — Erblasser verheißen habe:

1. das ihm baar angeliehene Capital von 2500 Thlrn. N⅔ jährlich zu 5 Procent mit 125 Thlrn. N⅔ und zwar zum ersten Male in Term. Trinitatis 1806 zu verzinsen;
2. sowohl die fällig werdenden Zinsen, als auch das Capital — wenn dieses in Einem der landüblichen Zahlungstermine, Antonii oder Trinitatis — gekündigt worden, in dem nächstfolgenden Termine an den Darleiher prompt und frei einzusenden.

Der Beklagte wäre jedoch die Zinsen, die deshalb ultra alterum tantum angewachsen und die sie daher nur bis zum Betrage des Capitals ansprechen könnten, schon seit wenigstens 30 Jahren schuldig geblieben. Sie hätten das Capital in Termino Johannis 1844 zur Zurückzahlung in Termino Antonii 1845 — nach Ausweis eines beigebrachten Notariatsdocuments — kündigen lassen. Das Petitum geht auf Erlassung eines clausulirten Mandates zur Bezahlung des Capitals nebst Zinsen bis zum alterum tantum.

In den Exceptionalen gesteht Beklagter es als richtig zu, daß er von dem Erblasser der Kläger 2500 Thlr. N⅔ zu dem damals üblichen Zinsfuße von 5 Procent angeliehen erhalten und seit mehr als 30 Jahren keine Zinsen darauf gezahlt habe; darüber, ob er die mit der Klage beigebrachte Schuldurkunde ausgestellt habe, könne er sich erst nach erfolgter Pro-

duction des Originals erklären und müsse er daher zur Zeit die aus derselben abgeleiteten rechtlichen Folgen in Abrede nehmen, nämlich daß halbjährige Kündigung in Einem der landesüblichen Zahlungstermine bedungen worden und daß die Zinsen nur alljährlich in **Termino Trinitatis** hätten gezahlt werden sollen. Sodann schützt Beklagter vor:

1. die Einrede der Verjährung — auf Grund der **l. 8 §. 4 C. de praescript. XXX. vel. XL. ann.** (7, 39), da Kläger selbst einräumten, daß mindestens 30 Jahre keine Zinsen gezahlt seien.
2. Die Einrede der Präclusion. Da seine Vermögensverhältnisse durch die Folgen der französischen Occupation im Jahre 1806 so zerrüttet worden, daß er schon seit Trinitatis 1807 keine Zinsen zu zahlen vermocht habe und genöthigt gewesen sei, den 3. Mai 1809 **bonis** zu cediren, so habe die Justiz-Canzlei zu Schwerin nach erlassenen **proclamatibus ad liquidandum** durch den Präclusivbescheid vom 26. September 1809 alle nicht aufgetretenen Gläubiger mit ihren Ansprüchen an ihn und sein Vermögen für immer ausgeschlossen. Zu den nicht aufgetretenen Gläubigern habe auch der Erblasser und Kläger gehört.
3. Die Einrede des Verzichtes von Seiten des Erblassers der Kläger im Jahre 1809.
4. Die **exceptio pluspetitionis ratione temporis.** Die Kündigung sei nicht ordnungsmäßig geschehen, da der mit derselben aufgetretene Notar die an ihn ergangene Requisition nicht nachgewiesen habe.

In der Replik beantragen die Kläger die Anberahmung eines Termins zur Recognition des Originals des vom Beklagten ausgestellten Schuldscheines und erwidern:

1. auf die Einrede der Verjährung. Die gelegentliche — in die Klage nicht gehörige — Aeußerung, daß die Zinsen über 30 Jahre rückständig seien, habe ihr Sachwalt ohne ihren Auftrag gemacht. Sie hätten denselben nur bevollmächtigt, das Capital mit 20jährigen rückständigen Zinsen einzuklagen, nicht aber dazu, einen längeren Zinsenrückstand auszusprechen oder ein-

zuräumen. Sie bäten daher event. um in integrum restitutio gegen diese mandatswidrige Einräumung. Sollten die Zinsen aber auch wirklich seit der Ausstellung des Wechsels nie bezahlt sein, so sei die Einrede der Verjährung doch nicht begründet, denn das Capital sei auf einhalbjährige Kündigung angeliehen worden und der Beklagte hätte selbst nicht behauptet, daß das Capital von irgend einer Seite gekündigt sei; die Verjährung beginne aber erst mit der actio nata, d. h. von der Zeit an, zu welcher das Capital nach voraufgegangener Kündigung zurückzuzahlen sei. Die l. 8, §. 4 cit. rede nicht von dem Fall, wo das Capital erst nach voraufgegangener Kündigung fällig werde. Gehe man aber auch von der Theorie des Beklagten aus, so sei doch nach dessen eigenem Vortrage der Lauf der Verjährung durch seinen Concurs unterbrochen, welcher eine mit Effect vorzunehmende Kündigung und die Anstellung der Rückforderungsklage verhindert habe. Durch die im Jahre 1809 von der Justiz-Canzlei zu Schwerin getroffenen concursmäßigen Einleitungen über das Vermögen des Beklagten seien nicht allein alle Particularprocesse sistirt, sondern auch die Anstellung von Schuldklagen bis zur Beendigung des Debitwesens durch den Vergleich vom 20. November 1815 unmöglich gemacht. Auch habe sich später wiederum ein rechtliches Hinderniß gegen die Geltendmachung der libellirten Forderung daraus ergeben, daß der Beklagte sich im Jahre 1835 auf die Constitution vom 17. December 1834 berufen habe.

2. Der Einrede der Präclusion stehe entgegen, daß die hiefür angezogenen Ladungen nur das derzeitige Vermögen des Beklagten betroffen hätten.
3. Der Verzicht wird geleugnet.
4. Eine pluspetitio ratione temporis liege nicht vor. Die verlangte Ausweisung des Notars liege in der auf dessen Amtseide beruhenden publica fides, auf deren Grund derselbe ihre — der Beklagten — Requisition behauptet und ausgerichtet habe.

Unterm 28. November 1846 erging das erste Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow dahin:

daß — — zuvörderst in Gemäßheit des Antrags der Kläger **in replicis** ein Termin zur Production und Agnition, **event.** eidlichen Diffession des Originals der Anlage 1 der Klage auf den 23. Januar f. J. hiedurch anberahmt wird, wozu sich **partes**, unerwartet weiterer Ladung, und zwar Kläger **sub praejudicio**, daß sie als auf den eingeleiteten Mandatsproceß verzichtend werden angenommen, Beklagter aber **sub poena**, daß das producirte Original als von ihm ausgestellt wird angesehen werden — — — zu gestellen haben.

Für den Fall der Anerkennung des gedachten Originals ist Beklagter schuldig, den früheren Zahlungsverordnungen hinsichtlich des libellirten Capitals von 2500 Thlrn. N⅔ mit Zinsen **usque ad alterum tantum** annoch binnen 3 Wochen **sub poena paratissimae executionis** zu genügen, jedoch bleibt ihm unbenommen, binnen gleicher Frist, **reprobatione salva, in separato** zu erweisen:

daß der Erblasser der Kläger bereits im Jahre 1809 gegen ihn erklärt, daß er auf die in Frage stehende Forderung verzichten wolle und er, Beklagter, diesen Verzicht acceptirt habe,

welchen Falles anderweitig erginge, was Rechtens.

Wenn jedoch Kläger wegen nicht geschehener Production des mehrerwähnten Originals als auf den eingeleiteten Mandatsproceß verzichtend sollten angenommen werden, oder Beklagter solches Original eidlich diffitiren sollte, so ist letzterer zwar gleichfalls schuldig, den Klägern die libellirten 2500 Thlr. mit Zinsen **usque ad alterum tantum** binnen 3 Wochen **sub poena executionis** zu bezahlen, jedoch nur dann, wenn er nicht binnen gleicher Frist, **reprobatione salva**, den oben erwähnten Beweis zu führen vermöchte, welchen Falles anderweitig erginge, was Rechtens.

Das Erkenntniß über die Proceßkosten bleibt einstweilen ausgesetzt.

Gründe.

I. Der Beklagte hat sich zwar zur Zeit darüber, ob er das Original der Anlage 1 der Klage ausgestellt, nicht erklärt, wohl aber eingestanden, die in Frage stehende Anleihe zu der angegebenen Zeit von dem Erblasser der Kläger erhalten und die Verzinsung dieses angeliehenen Capitals mit 5 Procent à Jahr versprochen zu haben.

Wenn nun auch Beklagter ausdrücklich geleugnet, daß bei Contrahirung der Anleihe halbjährige, in einem der landüblichen Termine zu beschaffende Kündigung bedungen, und daß die Zinsen nur alljährlich in **Termino Trinitatis** hätten bezahlt werden sollen, so kann dieses Leugnen auf seine Verbindlichkeit zur Zahlung des libellirten Capitals nebst Zinsen **usque ad alterum tantum** überall nicht von Einfluß sein, indem er nicht behauptet, daß in Bezug auf die Kündigung des in Frage stehenden Capitals überhaupt zwischen ihm und dem Erblasser der Kläger eine solche Verabredung getroffen, wonach die jetzt geschehene Kündigung unstatthaft gewesen wäre, und bei der Forderung der Kläger von nur 20jährigen Zinsen überall nichts darauf ankommen kann, ob die Zinsen von ihm nur ganzjährig oder halbjährig zu entrichten waren.

Diesemnach mußte Beklagter allemal so, wie geschehen, verurtheilt werden.

Wann nun aber diese Verurtheilung zur Zeit nicht als eine im Mandatsprocesse, sondern nur als eine in Grundlage des Geständnisses des Beklagten erfolgte angesehen werden kann, für die Kläger jedoch der Fortbestand des allerdings mit Recht eingeleiteten Mandatsprocesses von Interesse ist, indem davon die Entscheidung der Frage, ob die an und für sich begründeten Einreden des Beklagten **in separato** oder **in processu ordinario** zum Beweise zu verstellen abhängt, so mußte allemal so, wie geschehen, zuvörderst Termin zur Production und Agnition, **event.** eidlichen Diffession des Originals der Anlage 1 der Klage anberahmt werden.

II. Betreffend die vom Beklagten der erhobenen Klage opponirten Einreden so ist

1. die Einrede der Präclusion nicht begründet, indem die von der Großherzoglichen Justiz-Canzlei zu Schwerin aus Veranlassung der vom Beklagten im Jahre 1809 geschehenen Abtretung seines Vermögens an seine Creditoren Zwecks prioritätsmäßiger Befriedigung derselben erlassenen Ladungen das derzeitige Vermögen des Beklagten betroffen haben, der Erblasser der Kläger also auch nur von der derzeitigen Masse präcludirt ist.

2. Die Einrede des Verzichts mußte so, wie geschehen, entweder in **separato** oder in **processu ordinario** zum Beweise verstellt werden, indem für den Fall der Führung des Letzteren die in Frage stehende Forderung in dem Augenblicke der Acceptation von Seiten des Beklagten als erloschen anzusehen war.

3. Die Einrede der Verjährung konnte als begründet nicht angenommen werden, gleichviel, ob bei der in Frage stehenden Anleihe eine Kündigung stipulirt ist oder nicht. Für den Fall nämlich, daß unter den damaligen Contrahenten eine Kündigung stipulirt worden, würde die Verjährung der Klage auf das Capital allemal erst nach geschehener Kündigung und nach Ablauf der festgesetzten Frist ihren Lauf begonnen haben. Da nun aber keine Kündigung von dem Erblasser der Kläger oder dem Beklagten geschehen, solche vielmehr erst von den Klägern **in Termino Johannis** 1844 erfolgt ist, so ergiebt sich daraus von selbst, daß die Klage auf das Capital sowohl, als auf 20jährige Zinsen, womit sich Kläger in Gemäßheit des **ad** [1] erlassenen Mandats zufrieden erklärt haben, nicht verjährt sein kann.

Gesetzt aber, daß bei der Anleihe des mehrgedachten Capitals von einer Kündigung überall nicht die Rede gewesen, und Beklagter hätte nun auch innerhalb 30 Jahren seit dem Ausbleiben der ersten Zinszahlung keine Klage auf Bezahlung der Zinsen angestellt, so würde deshalb die Klage auf das Capital und auf 20jährige Zinsen doch nicht verjährt sein.

Es erscheint nämlich das Recht des Gläubigers auf Capital und die von dem letztern zu entrichtenden Zinsen keineswegs als

ein so ungetrenntes Ganzes, daß schon die bloße Nichtberichtigung dieser Zinsen den Gläubiger berechtigte, auch auf Zahlung des ersteren Klage zu erheben, vielmehr kann ein angeliehenes Capital, rücksichtlich dessen Kündigung nichts verabredet, welches aber doch nicht unkündbar gemacht ist, keineswegs stets als fällig angesehen werden, sondern allemal erst nach geschehener Aufkündigung und einer von letzterer an gewährten angemessenen Frist eingeklagt werden.

Allemal aber steht nach Mecklenburgischem Gewohnheitsrechte für den Fall, daß über die Rückzahlung eines angeliehenen Capitals unter den Contrahenten gar nichts verabredet ist, überall nicht zu bezweifeln, daß dann eine halbjährige, in einem der beiden landüblichen Zahlungstermine zu beschaffende Kündigung zur Anwendung kommen muß, das Geschehensein dieser also die Anstellung der Klage des Gläubigers auf Rückzahlung bedingt.

Unter diesen Umständen bedarf es einer Prüfung hinsichtlich der von den Klägern dieser Einrede event. opponirten Replik der Unterbrechung überall nicht.

4. Die auf Mangelhaftigkeit der geschehenen Kündigung basirte Einrede der Pluspetition oder vielmehr der verfrüheten Klage steht ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Denn wenn auch Beklagter berechtigt war, bei Gelegenheit der stattgehabten Kündigung von dem solche beschaffenden Notar nähere Legitimation zu selbiger zu fordern, so hat er doch überall nicht behauptet, bei der geschehenen Kündigung in die Legitimation des Notars irgend Zweifel gesetzt zu haben und war mithin die von letzterem ihm gemachte Eröffnung, daß er von den Klägern zur Kündigung requirirt sei, bei dem den Notarien zustehenden öffentlichen Glauben ausreichend.

III. Die Aussetzung der Entscheidung über die Proceßkosten rechtfertigt sich dadurch, daß dem Beklagten annoch der Beweis der Einrede des Verzichts freigelassen ist, von selbst.

Auf Appellation des Beklgaten wies das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 23. October 1848 die Kläger unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen ab.

Gründe.

1. — Die Beschwerden des Appellanten bestehen, ihrem Gesammtinhalte nach darin, daß die gegen ihn in [1] act. Canc. erhobene Klage nicht unter Verurtheilung der Gegner in die Kosten, gänzlich — mindestens zur Zeit und angebrachtermaßen — abgewiesen worden ist. Dieses wird auch durch das Gesuch seiner Rechtfertigungsschrift — [6] der O.=A.=G.=Acten — bestätigt. Im Einzelnen gründet sich die Beschwerde darauf, daß die von ihm vorgeschützten Einreden der Präclusion, der Verjährung und der verfrüheten Klage in der angefochtenen Entscheidung verworfen sind.

2. — In ihrer Richtung auf die erste und dritte dieser Einreden würde die Beschwerde jedenfalls unbegründet sein. Der Präclusiv=Abschied vom 26. September 1809 kann, selbst in Beihalt der Edictalien vom 5. Mai ejusd. anni seiner rechtlichen Bedeutung nach immer nur von der Ausschließung der sich nicht gemeldet habenden Gläubiger von der dermaligen Debitmasse verstanden werden; auf diese allein bezieht sich auch die darin ausgesprochene Auferlegung des ewigen Stillschweigens. — Die Einrede der verfrüheten Klage ist ohne rechtlichen Bestand, weil die Kündigung des libellirten Capitals durch den Notarius H. an sich zur gehörigen Zeit und in der gehörigen Form beschafft worden ist. Dabei war der von ihm behauptete Auftrag der Kläger zu derselben bis auf Weiteres dadurch genügend beglaubigt, daß derselbe in seiner officiellen Eigenschaft als öffentlicher Notar handelte, daher an sich Glauben verdiente. Dieses Sachverhältniß würde zwar den Beklagten, wenn er Grund gehabt hätte, die von jenem behauptete Legitimation in Zweifel zu ziehen, nicht behindert haben, einen näheren Nachweis der Letzteren von demselben zu verlangen; da er aber die Kündigung desselben entgegennahm, ohne solche Bedenken irgendwie in Anregung zu bringen, so erkannte er dadurch die, durch das Officium des Notars vorläufig genügend beglaubigte Legitimation desselben um so mehr an, als er auch später Nichts vorzutragen vermocht hat, woraus sich Zweifel gegen dieselbe hätte ergeben können.

3. Dagegen ist die Beschwerde in ihrer Richtung auf die Einrede der Verjährung begründet. Die Kläger sind mit dem Beklagten darin einverstanden, daß das dem Letzteren von ihrem Erblasser in **Termino Trinitatis** 1805 gegebene Darlehn, auf dessen Zurückzahlung ihre Klage gerichtet ist, ein nach Terminen verzinsliches war, und daß der Beklagte mit der Erlegung dieser Zinsen seit dem Trinitatistermin 1807, mithin über 30 Jahre, im Rückstande gewesen ist. Das letztere Zugeständniß haben die Kläger bereits in der Klage selbst gemacht. Ihrem späteren Einwande, daß sie ihren Sachwalt, den Concipienten jenes Vortrages, nur zu der Einklagung des Capitals und der rückständigen Zinsen bis zu dem **alterum tantum**, nicht zu jenem Zugeständnisse beauftragt hätten, kann kein rechtliches Gewicht beigelegt werden. Durch die, ihrem Sachwalte ertheilte Vollmacht — Anlage 4 **ad** [1] **act. prim. inst.** — hatten sie denselben zu allen, für die bezeichnete Rechtsverfolgung von ihm für zweckdienlich erachteten Angaben, mithin auch zu jenem Zugeständnisse, dessen Richtigkeit sie nicht bestritten haben, autorisirt. Dasselbe darf daher den folgenden Erwägungen ohne Weiteres zu Grunde gelegt werden. Nun ist es aber bei den verzinslichen Darlehn Grundsatz, daß die Verjährung der auf seine Rückzahlung gerichteten Klage in dem Augenblicke beginnt, wo die Zinsen in Rückstand geriethen, und daß sie durch den dreißigjährigen Rückstand derselben vollendet wird.

l. 8, §. 4 C. de praescript. XXX. vel XL. annorum (7, 39).

Hiebei wird nur vorausgesetzt, daß die Zinsen terminlich zu zahlen waren, und daß in den ganzen 30 Jahren keine Zinsen gezahlt wurden; wie dieses Beides in dem vorliegenden Falle zutrifft. Der Ansicht Einiger, daß die **l. 8, §. 4 cit.** nur von der Verjährung der Zinsen- nicht der Capital-Klage rede, steht der deutliche Inhalt derselben entgegen. Sie handelt gerade von dem Einflusse der **XXX. vel XL. annorum exceptio** auf die Contracte — „**in illis contractibus**" —, bei welchen Zinsen stipulirt worden sind, mithin auf die Haupt-**obligatio**, nicht von deren Beziehung zu der Zinsverbindlichkeit als solcher; sie will daher den Anfang des Laufes der Klagenverjährung für

jene Contracte bestimmen. Es ist auch mit Recht bemerkt worden, daß, wenn die l. 8, §. 4 cit. nur hätte sagen wollen, die Verjährung der Zinsen-Klage solle mit dem ersten Zinsen-Rückstande beginnen, es für diese sich rechtlich von selbst verstehende, Bestimmung keines besonderen Gesetzes bedurft haben würde, während die l. 8, §. 4 cit. durchgängig die gesetzliche Feststellung mehr oder weniger zweifelhafter Puncte der Klagenverjährung bezweckte. Hinsichtlich der Capital-Klage konnte es aber allerdings zweifelhaft sein, wann der Lauf ihrer Verjährung beginne. Nach der rechtlichen Natur der Sache hätte man zwischen ihr und der Zinsen-Klage unterscheiden und den Zinsen-Rückstand nur als den Anfangspunct der Verjährung der letzteren behandeln können, während der Verjährung der Capital-Klage ihr besonderer Anfang, nach den bei ihr obwaltenden Rechtsbeziehungen, verblieben wäre, Capital- und Zinsen-Klage mithin ihren selbständigen Verjährungslauf gehabt hätten. Diese Auffassung würde um so mehr für sich gehabt haben, als die vertragsmäßigen Zinsen beim Darlehn im Römischen Rechte immer auf einer besonderen **stipulatio et promissio usurarum** dem **mutuum** gegenüber, beruheten, daher auch nicht durch die Darlehnsklage, **condictio certi ex mutuo**, sondern durch die Klage aus jener Stipulation verfolgt wurden. Justinian hat jedoch diesen Erwägungen keine Folge gegeben, sondern die Verjährung der Hauptklage von der Verjährung der Zinsenklage abhängig gemacht, so daß mit dem Beginne der letzteren durch den Zinsen-Rückstand auch die Verjährung der Hauptklage beginnen, und mit dem dreißigsten Zinsen-Rückstande, d. h. mit der Verjährung der ganzen Zinsen-Verbindlichkeit auch die Hauptklage verjährt werden soll. Diese Anordnung kann um so weniger befremden, als Justinian gleichzeitig auch die Verjährung der Zinsen-Klage von der Verjährung der Capital-Klage abhängig gemacht hat, indem nach der Verjährung der letzteren die Zinsenklage selbst rücksichtlich der nicht 30jährigen Zinsenrückstände erloschen sein soll.

l. 26 pr. C. de usuris (4. 32).

Justinian hat mithin bei 30jährigem Rückstande der gesammten Zinsen sowohl die Klagen auf das Capital, als auf die noch nicht 30 Jahre alten einzelnen Zinsposten für erloschen erklärt. Mit Recht ist daher von jeher die Mehrzahl der Rechtsgelehrten über die hier gebilligte Auslegung der l. 8, §. 4 cit. einverstanden gewesen.

Rave, principia univ. doctrin. de praescript. §. CXXXV.
Thibaut, System ed. 8, §. 1020 not. m.
v. Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht. ed. 5., Bd. 1., §. 46, not. a.
Warnkönig, comment. jur. rom. privat. t. 1. §. 168 sub d.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts. Thl. 2. §. 481 sub a.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5, S. 305—308.
Puchta, Pandecten. ed. 2, §. 90.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. I. S. 187, 188.
Sintenis, das practische gemeine Civilrecht. Bd. 1, S. 295 und Note 32 ibid.
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Bd. 1, S. 179.
Tafel, auserlesene Civilrechtssprüche. Bd. 1, Nr. LXXX.

4. — In dem gegenwärtigen Falle war indessen das Darlehn nicht allein ein terminlich verzinsliches, sondern dasselbe stand auch auf halbjährige Kündigung in einem der beiden landüblichen Zahlungstermine. Der Beklagte hat zwar das Original seines, nach der Behauptung der Kläger dieses besagenden Wechsels d. d. Rostock in Termino Trinitatis 1805 — Anlage 1 ad [1] act. Canc. — noch nicht anerkannt und demzufolge auch jenen Inhalt desselben zur Zeit in Abrede genommen; jene Voraussetzung muß jedoch, als die den Klägern nachtheiligste, hier einstweilen eventuell zu Grunde gelegt werden. Es fragt sich also, ob jene Verabredung der Contrahenten der Anwendung der l. 8, §. 4 C. cit auf den vorliegenden Fall entgegenstehe, oder nicht? —

5. — Die Klagenverjährung beginnt in der Regel ihren Lauf erst, wenn die Klage actio nata ist, d. h., wenn ihrer Erhebung kein rechtliches Hinderniß mehr entgegensteht und der

Kläger eine rechtliche Veranlassung zu derselben hat. Die Klage aus einer betagten oder bedingten Forderung beginnt daher den Lauf ihrer Verjährung erst mit dem Eintritte des Tages oder der Bedingung.

l. 7, §. 4 C. de praescript. XXX. vel XL. annorum. (7, 31)

Sehr getheilt sind dagegen die Ansichten darüber, wann bei einem auf unbestimmte Zeit gegebenen unverzinslichen Darlehn der Lauf der Klagen-Verjährung beginne. Nach Einigen soll dieses sofort nach der Hingabe des Darlehns geschehen, weil der Darleiher auch von demselben Zeitpuncte an zu der Zurückforderung desselben berechtigt sei. Nach Anderen beginnt dagegen der Lauf der Verjährung erst, wenn der Darleiher das Darlehn zurückgefordert hat, weil der Schuldner dasselbe bis dahin auf unbestimmte Zeit behalten sollte. Deshalb begründet, nach dieser Ansicht, auch die besondere Verabredung, daß das Darlehn „nach Kündigung" zurückgezahlt werden soll — weil sich Das auch von selbst versteht — keinen Unterschied; während die Vertheidiger der ersteren Ansicht bald aus anderen Gründen jener ausdrücklichen Verabredung keinen besonderen Einfluß auf den Anfang des Verjährungslaufes beilegen, z. B. weil es ganz in der Willkür des Gläubigers liege, durch die Kündigung das Hinderniß zu beseitigen —, bald die Verjährung dann erst mit der Kündigung beginnen lassen. Ist endlich ein solches Darlehn mit Hinzufügung einer bestimmten Kündigungsfrist gegeben worden, z. B. auf halbjährige Kündigung, so nehmen die, welche den Lauf der Verjährung immer erst mit der Kündigung beginnen lassen, dieselbe mag ausdrücklich bedungen sein, oder nicht, an, daß die Verjährung hier erst mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist beginne; während die, welche die Verjährung in der Regel schon von der Zeit der Hingabe des Darlehns datiren, bald dieses auch hier thun und nur die bedungene Kündigungsfrist noch hinzurechnen, bald die Verjährung in diesem Falle ebenfalls erst mit dem Ablaufe der gesetzten Frist nach voraufgegangener Kündigung beginnen lassen.

v. Savigny a. a. O. S. 292—297.

Sintenis a. a. O. S. 293, 294 Note 28.

6. Legt man, bei dem auf unbestimmte Zeit, aber mit einer verabredeten Kündigungsfrist gegebenen unverzinslichen Darlehn, die dem Gläubiger günstigste — und an sich auch richtige — Ansicht zu Grunde, daß bei ihm die Verjährung der Rückforderungsklage erst mit dem Ablaufe jener Frist nach voraufgegangener Kündigung beginne; so möchte es scheinen, daß dasselbe auch bei dem verzinslichen Darlehn derselben Beschaffenheit gelten müsse, mithin l. 8, §. 4 C. cit. dann keine Anwendung finde, diese sich also auf terminlich verzinsliche Forderungen beschränke, bei welchen keine voraufgegangene Kündigung mit einer Frist verabredet worden. Dieses ist auch wirklich die Ansicht Einiger — wie

Thon, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. VIII. S. 29—31 —,

während die Mehrzahl der älteren und neueren Rechtsgelehrten — wie die rat. 3 a. E. bemerkten — auch diese Beschränkung der l. 8, §. 4 cit. mit Recht verworfen hat.

7. — Wie schon in rat. 3 gezeigt wurde, richtet sich, nach der besonderen Bestimmung der l. 8, §. 4 cit., bei dem terminlich verzinslichen Darlehn die Verjährung der Hauptklage nach der gänzlichen Verjährung der Zinsenklage durch dreißigjährige Nichterlegung der verabredeten Zinsen. Da demnach hier die Verjährung der Hauptklage lediglich eine rechtliche Folge der Verjährung der Zinsenklage ist, so ist dieselbe allein durch die Voraussetzungen bedingt, welche die Verjährung der letzteren vermitteln, d. h. dadurch, daß von dem bezeichneten Rückstande an dreißig Jahre lang keine Zinsen gezahlt worden sind; nicht aber noch außerdem durch die Voraussetzungen, von welchen, wenn dasselbe Darlehn unverzinslich wäre, die selbständige Verjährung der Hauptklage abhängen würde. Es kann daher hiebei nicht weiter darauf ankommen, daß diese Klage, wenn das Darlehn nicht verzinslich wäre, ihren Verjährungslauf erst nach voraufgegangener Kündigung und dem Ablaufe der gesetzten Frist beginnen würde. Man darf denselben also hier weder von diesem Zeitpuncte an datiren und dadurch zu dem Ergebnisse gelangen, daß, wenn keine Kündigung des Kapitals erfolgt wäre, die

dreißigjährige Nichtzahlung der Zinsen ohne Einfluß auf den Bestand der Capitalklage bleiben, mithin in dieser Beziehung völlig gleichgültig sein würde, — noch ist es statthaft wegen der bezeichneten Verabredung über die Kündigung des Capitals zu dem dreißigjährigen Verjährungszeitraum der Zinsenklage noch die Kündigungsfrist der Capitalforderung hinzuzufügen, oder — mit v. Savigny a. a. O., S. 308 — denselben erst von dem Ablaufe der Kündigungsfrist nach dem Eintritte des Zinsenrückstandes anzurechnen. Hieraus ergiebt sich, daß es für die Verjährung der Rückforderungsklage eines terminlich verzinslichen Darlehns, wenn die Zinsen dreißig Jahre hindurch nicht gezahlt wurden, keinen Unterschied begründen kann, ob bei demselben eine Kündigungsfrist verabredet wurde, oder nicht. Es hat dieses auch seine guten inneren Gründe. Bei dem terminlich verzinslichen Darlehn liegt in der Nichtzahlung der terminlichen Zinsen sowohl nach der Natur der Sache, als nach der in der l. 8, §. 4 C. cit. zu Grunde gelegten Ansicht Justinian's, zugleich eine Verletzung der Obliegenheiten des Schuldners hinsichtlich des Capitals, welche ihm zugleich als Nichtanerkennung der Capitalschuld ausgelegt wird. Diese Verletzung muß den Gläubiger daher mindestens zur Anstellung der Zinsenklage veranlassen, um den Schuldner dadurch zur der Erlegung der Zinsen und hiedurch zugleich zu der Anerkennung der Capitalschuld zu nöthigen. Hat sich der Gläubiger aber bei jener Verletzung dreißig Jahre lang dergestalt beruhigt, daß in dieser ganzen Zeit keine Zinsen gezahlt worden sind, so hat er sich dadurch eine dreißigjährige Nichtachtung seiner Ansprüche gefallen lassen und soll dieselben deshalb auch nun nicht mehr wegen des Capitals, als solchen, mit der Capitalklage geltend machen dürfen. Der Gläubiger hätte diesen Erfolg allerdings auch durch die Anstellung der letzteren vor dem Ablaufe der dreißig Jahre verhindern können; was aber dann zu der Vorbereitung der Klage erforderlich gewesen seine würde — die voraufgegangene Kündigung und Beachtung der Kündigungsfrist — kann hier, wo die Verjährung der Capitalklage durch die

Verjährung der davon unabhängigen Zinsenklage vermittelt worden ist, nicht in Betracht kommen.

8. — Aber auch wenn das Sachverhältniß so aufgefaßt wird, daß der Gläubiger, nach dem Sinne der l. 8, §. 4 C. cit., durch die Nichtzahlung der Zinsen zu der Anstellung der Capitalklage veranlaßt werden sollte, und weil er dieses 30 Jahre unterlassen, die Verjährung derselben eintreten soll, gelangt man zu keinem wesentlich abweichenden Resultate. Der Gläubiger mußte dann, zur Abwendung jenes Erfolges, die Capitalklage anstellen, mithin auch die zu ihrer Vorbereitung erforderliche Kündigung mit der verabredeten Frist vornehmen und nach deren Ablaufe klagen. Unterläßt er dieses Alles, so läuft ihm die Verjährung dessen ungeachtet von der Zeit, wo er — unter jenen Voraussetzungen — hätte klagen können und müssen, also — mit Savigny — von dem Ablaufe der Kündigungsfrist nach dem Eintritte des Zinsenrückstandes. Daß die Kündigung selbst, durch welche die wirkliche Anstellung der Klage bedingt war, nicht erfolgte, kann hier keinen Anstand erregen, weil der Schuldner das Recht des Gläubigers bereits in einer, dessen Nichtanerkennung hinreichend beurkundenden Weise verletzt hatte und es unter diesen Umständen eine eben so große Nachlässigkeit des Gläubigers war, wenn er die zu der Anstellung der Klage erforderlichen Vorbereitungen unterließ, als wenn er die Klage selbst nicht anstellte. Diese Vernachlässigung kann ihm daher nicht zu Statten kommen. Auch, daß der Schuldner vor erfolgter Kündigung und dem Ablaufe der Kündigungsfrist nicht zu zahlen brauchte, sich daher in so fern keiner Rechtsverletzung schuldig machte, kann nicht eingewendet werden, da der Schuldner das Recht des Gläubigers durch die Nichtzahlung der Zinsen in einer Weise verletzt hat, welche den letzteren veranlassen mußte, die Klage gegen ihn gehörig vorzubereiten und demnächst wirklich anzustellen.

9. — Somit würden in dem vorliegenden Falle — obgleich die Kündigung des Capitals erst im Johannistermine 1845 erfolgte — da seit Trinitatis 1807 bis zu der Anstellung der jetzigen Klage am 22. Mai 1845 keine Zinsen bezahlt wurden,

alle Voraussetzungen der Klagen-Verjährung zusammentreffen. Selbst wenn man diese erst von dem Ablaufe der halbjährigen Kündigungsfrist von Trinitatis 1807 an, also von Antonii 1808 berechnen wollte, würde die Verjährung ebenfalls längst vollendet gewesen sein. Thatsachen, welche eine Unterbrechung derselben hervorzubringen vermocht hätten, liegen nicht vor. Nicht einmal ein Stillstand derselben während der über das Vermögen des Beklagten verhängten concursmäßigen Einleitungen von 1809—1815 kann angenommen werden, da die letzteren der Anstellung der Klage, mindestens zu der Wirkung der Unterbrechung der Verjährung, rechtlich nicht entgegenstanden. Die Verjährung würde jedoch selbst ungeachtet eines solchen Stillstandes vollendet sein. Auch die Berufungen des Beklagten auf die Constitution vom 31. März 1812 und auf die Constitution vom 17. December 1834 waren rechtlich um so weniger dazu geeignet, die Klagen-Verjährung zu unterbrechen, oder einen Stillstand derselben zu begründen, als es dem Gläubiger frei stand, sich in das concursmäßige Verfahren mit seiner Forderung einzulassen und dieselbe auf diesem Wege gerichtlich geltend zu machen.

10. Da die in [1] act. Canc. erhobene Klage, nach allen vorstehenden Gesichtspuncten, verjährt war, so mußte dieselbe unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten abgewiesen werden. Daß nicht alle, derselben von dem Beklagten entgegengesetzten Einreden begründet sind, konnte zu keiner Compensation der Kosten führen, theils weil die Klage dessenungeachtet unbegründet bleibt und die bloße Unhaltbarkeit des einen oder anderen Vertheidigungsgrundes des Beklagten die Vergleichung der Kosten nicht zu rechtfertigen vermag, theils weil auch die durch die unbegründeten Einreden des Beklagten verursachten Kosten verhältnißmäßig zu unbedeutend sind, um eine solche Entscheidung herbeiführen zu können.

Das gegen dies Erkenntniß von den Klägern weiter eingelegte Rechtsmittel der Restitution wurde vom Oberappellations-Gerichte unterm 17. December 1850 aus folgenden Gründen verworfen.

1. Nach der l. 8. §. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. annor. (7. 39.) soll bei denjenigen Contracten, in welchen Zinsen versprochen worden, die Verjährung von der gänzlich unterbliebenen Zinszahlung an ihren Anfang nehmen. Wer diese Bestimmung auf die Verjährung der Zinsenklage bezieht, hat zunächst den Ausdruck gegen sich, welcher ganz der, wie in l. 7. §. 4 eod., ist und hier, wie da, gleichmäßig und allgemein auf die Contractsklage hinweiset. Ferner kann die Meinung nur sein, entweder: das Gesetz handle von der Verjährung der einzelnen Zinsrückstände oder: es ergreife die ganze Zinsobligation. Im ersten Falle hat es Nichts verordnet, was noch irgend einer Feststellung bedurft hätte; und was den anderen Fall betrifft, so sieht man aus l. 26 pr. C. de usuris (4, 32), daß der Verlust der Klage auf die, noch nicht 30 Jahre alten Zinsrückstände keineswegs aus der, 30 Jahre unterlassenen Verzinsung, sondern erst aus der Verjährung der Kapitalschuld hergeleitet wird.

Man muß daher, bei den Worten des Gesetzes stehen bleibend, den Anfang der Verjährung der Contracte, denen ein Zinsversprechen hinzugefügt worden, von der unterbliebenen Zinszahlung an datiren. Nun ward freilich nach Römischem Rechte bei dem Gelddarlehn die Kapital- und die Zins-Forderung regelmäßig (Ausnahme z. B. l. 30. D. de usuris (22, 1)) durch zwei verschiedene Geschäfte begründet. Dies kann jedoch bei den klaren Worten des Gesetzes kein Bedenken erregen, da beide Forderungen in einem wesentlichen Zusammenhange mit einander stehen, die Zinsstipulation das mutuum zu ihrer Voraussetzung hatte und das Darlehn regelmäßig um des damit verbundenen Zinsengenusses willen hingegeben wurde. Dieser practische Gesichtspunkt, wonach die beiden Geschäfte in Wirklichkeit als Ein Geschäft (mutuam pecuniam dedit sub usuris l. 18. D. qui potiores (20, 4)) sich darstellen, konnte zur Zeit Justinian's die ältere theoretische Auffassung füglich zurückgedrängt haben und hat sie, wie eben dies Gesetz zeigt und sich noch anderweitig nachweisen läßt, zurückgedrängt. Jedenfalls steht nach heutigem

Rechte das verzinsliche Gelddarlehn unter jenem Gesetze, da bei uns das Zinsversprechen auch formell Theil des Geschäftes und mit der Klage aus demselben geltend zu machen ist.

2. Das aus Breslau eingeholte Gutachten ist mit dem vorstehenden Ergebnisse einverstanden; meint aber, daß die Verordnung auf Kapitalien, die — wie nach der Kläger Anführung, das libellirte — erst nach Kündigung fällig werden, also **sub die incerto** contrahirt seien, nicht anzuwenden stehe. Indessen macht das Gesetz keine Unterscheidung, und sie kann sich dadurch, daß die Bestimmung — unbeschränkt genommen — eine Anomalie enthält, um so weniger rechtfertigen, als aus der Fassung (**etiam sancimus**) erhellt, daß noch etwas Besonderes angeordnet werden sollte. Ohnehin kann man, wenn man sonst bei einem unbetagten **mutuum** die Verjährung von der Aufforderung zur Zahlung rechnet, das Dasein derselben Anomalie nicht leugnen; und diejenigen, welche den Tag des Contracts sonst als Anfangspunkt der Verjährung rechnen, müssen dem Gesetze — wenn sie es auf das unbetagte **mutuum** beschränken wollen — noch den Zwang anthun, daß es von der Unterbrechung der Verjährung handle, ungeachtet es, gleich der **l. 7 §. 4 cit.** ausdrücklich das **initium** bestimmt und weder, wie in **l. 7, §. 5 eod.**, von einer **interruptio** spricht, noch sagt, daß die Präscription erst von der unterbliebenen Zinszahlung an ihren Anfang nehme. Ferner ist der practische Nutzen des Gesetzes in seiner Allgemeinheit nicht zu verkennen; Grund und Zweck der Verjährung führen leicht darauf, und es lag für Justinian keineswegs fern, in der Unterlassung der Zinszahlung eine solche Verletzung des Contracts zu sehen, daß damit die Verjährung beginne. Denn bei einem **bonae fidei contractus** war das damit verbundene **pactum** durchaus Stück des Contractes und mit der Contractsklage geltend zu machen, und das Nämliche galt noch in anderen Fällen.

Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. 6, S. 127—132.

Beim Gelddarlehn beruhete freilich die Kapital- und die Zinsforderung formell auf verschiedenen Geschäften, und es bestand noch im Justinianischen Rechte manche Verschiedenheit

zwischen den **bonae fidei** und **stricti juris negotiis.** Aber vom practischen Standpuncte aus konnte Justinian in Bezug auf die vorliegende Frage in der Sache keine Gründe zu einer abweichenden Beurtheilung finden, und wie dabei auch sonst jene formelle Verschiedenheit in den Hintergrund getreten und das Gelddarlehn mit der Zinsenstipulation als Ein Geschäft aufgefaßt ist, zeigt die, die besondere Zinsstipulation nicht ausscheidende **l. 26 pr. C. cit.** hinlänglich.

3. Diesem Allen nach hat die Verjährung der libellirten Kapitalschuld, womit auch die der Zinsenforderung entschieden ist, von da an begonnen, wo keine Zinsen mehr entrichtet wurden. Da nun Kläger in ihrer, am 22. Mai 1845 exhibirten Klage selbst angegeben haben, daß Beklagter seit wenigstens 30 Jahren die Zinsen schuldig geblieben, so bleibt nur noch die Frage übrig, ob die Verjährung innerhalb dieser Zeit in Stillstand gerathen oder unterbrochen ist. In dieser Hinsicht berufen sich Kläger

a) auf das in den Jahren 1809 bis 1815 Statt gehabte concursmäßige Verfahren wider den Beklagten. Allein — auch abgesehen davon, ob dasselbe nicht schon vor dem 22. Mai 1815 beendigt gewesen — mit Unrecht. Denn die in diesem Verfahren ergangenen Verfügungen forderten gerade zur Geltendmachung aller Ansprüche an das damalige Vermögen des Beklagten auf und hinderten nirgend die Verfolgung des Anspruchs gegen künftiges Vermögen desselben.

b) Was den Bezug auf die sonstigen concursmäßigen Einleitungen anlangt, so gingen die vom Jahre 1835 nicht einmal bis zur Sistirung der Processe, sondern suspendirten nur die Executionen. Im Uebrigen genügt die Verweisung auf die Gründe der vorigen Urthel.

c) Gleich unerheblich ist die Indults-Verordnung vom 10. Januar 1812, da sie nicht blos Zinsenklagen nicht sistirte, sonder auch nach ihrem §. 5 die Klage auf zinstragende Kapitalien zuließ, wenn zugleich rückständige Zinsen verfolgt wurden.

4. — Die vorige Urthel mußte also in der Hauptsache bestätigt werden. Was den Kostenpunkt betrifft, so gehört die entschiedene Frage allerdings zu den bestrittensten. Indessen reicht dieses nach fester Praxis des Oberappellationsgerichts zur Begründung einer Kosten-Compensation nicht aus. Noch weniger wird dieselbe dadurch gerechtfertigt, daß der siegende Beklagte einzelne unerhebliche Einwendungen vorgebracht hat. Dergleichen kann erst bei der Moderation der Kosten Berücksichtigung finden. Demnach war auch in Ansehung der Kosten zu bestätigen, womit sich das Erkenntniß über die Kosten der gegenwärtigen Instanz von selbst rechtfertigt.

22.

Beweislast bei der actio negatoria. Das Privateigenthum an einem Wege wird durch die Qualität desselben als eines öffentlichen nicht ausgeschlossen. Ke. 93. Strelitz.

Der Gutsbesitzer v. A. auf K. klagte gegen den Erbpächter K. zu B. bei der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz mit der **actio negatoria**, weil Letzterer durch Einen seiner Knechte einen Weg hatte befahren lassen, welcher auf dem Grund und Boden des im Eigenthum des Klägers befindlichen Gutes K. nach einem zu demselben gehörigen Nebengute J. hinführt. Das Petitum war auf Erlassung eines Strafverbots an den Beklagten gerichtet, sich der Benutzung des fraglichen Weges zu enthalten. In der Vernehmlassung bestritt der Beklagte den klägerischen Anspruch, indem er die Qualität des von seinem Knechte befahrenen Weges als eines öffentlichen behauptete und sich darauf berief, daß derselbe seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzt sei. Da der Kläger in der Replik diesem Vorbringen die Behauptung gegenüberstellte, daß der streitige Weg ein lediglich seinen Privatzwecken dienender Hofweg sei, legte das erste Erkenntniß vom 21. Februar 1853 dem Letzteren den Beweis auf: daß der streitige Weg ein s. g. Holzweg sei, wogegen dem Beklagten

der Gegenbeweis insonderheit auch dahin vorbehalten wurde, daß der Weg ein öffentlicher sei.

Auf Appellation des Klägers kehrte das Oberappellationsgericht durch das Erkenntniß vom 8. November 1855 die Beweislast um und legte demgemäß dem Beklagten den Beweis auf: daß der fragliche Weg seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzt worden.

Aus den Gründen ist Folgendes hervorzuheben:

— — — — — — — — — — — — —

4. — Es steht — ausschließlich zur Frage, ob der fragliche Weg — wie Kläger behauptet — ein Privatweg, oder — wie Beklagter geltend zu machen sucht — ein öffentlicher Weg ist. Eine ihm zuständige Servitut für den ersteren Fall hat nämlich der Beklagte nicht geltend gemacht; die Behauptung in der Vernehmlassung Seite 3, welche allein diese Beziehung zulassen könnte, daß die Pächter resp. Erbpächter den fraglichen Weg seit unvordenklichen Zeiten benutzt, soll in Gemäßheit der unmittelbar darauf folgenden Angabe, daß überhaupt Jedermann sich jenes Weges bediene, nur zur Darlegung seiner Eigenschaft als eines öffentlichen Weges dienen. — — — — — — —

5. — Daß der Grund und Boden, auf welchem sich der fragliche Weg hinerstreckt, sich im Privateigenthum des Klägers befindet — wie Dies in den bisherigen Verhandlungen unbestritten vorliegt —, kann der vom Beklagten behaupteten Qualität des Weges als eines öffentlichen Weges nicht entgegenstehen, indem diese Qualität nach den Grundsätzen des heutigen Rechts, ungeachtet jenes Eigenthumsverhältnisses, allerdings als vorhanden anzunehmen sein würde, wenn entweder die Bestimmung jenes Weges darauf gerichtet gewesen, die Verbindung zwischen zwei Ortschaften herzustellen, oder aber nach Maaßgabe der in der l. 3, pr. D. de locis et intineribus publicis (43, 7) enthaltenen Vorschrift, jener Weg seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzt worden wäre.

6. — In Bezug auf den in dieser ersten Alternative bezeichneten Gesichtspunct tritt indeß entgegen, daß — auch abgesehen davon, daß der Beklagte die Behauptung, die Bestimmung

jenes Weges sei die, die Verbindung zwischen B. und J. zu vermitteln, nicht geltend gemacht hat — J. ein wirklicher **vicus** gar nicht, sondern nur eine Pertinenz des Hauptgutes K. ist, mithin von einem zwischen zwei Ortschaften bestehenden Communicationswege, der als solcher die Qualität eines öffentlichen Weges mit sich bringen würde, **in concreto** nicht die Rede sein kann.

7. — Diesemnach bleibt zur thatsächlichen Begründung der Intention des Beklagten nur die, **in fine** der **rat.** 5 erwähnte zweite Alternative übrig, und in dieser Beziehung trifft nicht — wie in der **sententia a qua** unrichtig angenommen worden — den Kläger die Verpflichtung, die von ihm behauptete Qualität des fraglichen Weges, als eines bloßen sogenannten Holzweges, beweislich darzulegen, sondern umgekehrt den Beklagten zunächst die Beweislast. Denn für den Kläger spricht, wie derselbe mit Recht bemerkt, die Präsumtion des freien und unbeschränkten Eigenthums, wogegen die Behauptung, daß der auf dem Privateigenthum des Klägers befindliche Weg außer den Privatzwecken des Klägers auch noch andere öffentliche zu erfüllen habe, in die Kategorie einer wirklichen Einrede fällt, deren thatsächliche Momente der Beklagte beweisen muß, wenn er aus derselben Rechte für sich herleiten will.

Auf weiteres Rechtsmittel des Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 10. März 1856 das vorstehende Erkenntniß und erklärte den vom Beklagten wiederholt hervorgehobenen Umstand, daß er bis zu dem der Klage grundleglich gemachten Vorfall sich des Weges als eines Rechtes unausgesetzt und unbehindert bedient habe, für nicht geeignet, ihn von der Beweispflicht zu befreien, weil der bloße Besitz, als solcher, auch wenn er **in possessorio** sich Anerkennung zu erringen gewußt hat, seiner Natur nach dem Eigenthümer weichen muß, und aus diesem Grunde schon die, aus einer mangelhaften Auffassung des im Eigenthume, als solchem, enthaltenen Verbietungsrechtes angemaßter Servituten, und mißverständlicher Auslegung einzelner Quellenstellen hervorgegangene, von einzelnen Gerichtshöfen noch jetzt festgehaltene Praxis für irrig gehalten werden

muß, wonach dem besitzenden Beklagten gegenüber der klagende Eigenthümer das Nichtdasein der von jenem behaupteten Berechtigung, also ein selbständiges, von dem Eigenthume als solchem noch verschiedenes Verbietungsrecht darzuthun gehalten sein soll.

23.

Zur Auslegung des §. 32 sub b. der Verordnung über die Entwässerung der Ländereien vom 31. Juli 1846. Fe. 375/1855.

Der Magistrat zu N. erhob gegen den Gutsbesitzer v. F. auf S. bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow eine Klage folgenden Inhalts: In einer Länge von mehreren hundert Ruthen werde die Grenze zwischen dem Kämmereigebiete der Stadt N. und dem Gute S. durch einen Graben bezeichnet, in welchen aus dem Kämmereigebiete verschiedene Gräben einmündeten. Das Wasser aus dem Kämmereigebiete laufe durch diese Gräben in den Grenzgraben ab und werde aus Letzterem durch einen auf dem Gebiete des Gutes S. befindlichen Graben weiter geführt. Im Laufe der Zeit seien die Gräben und insbesondere der Grenzgraben eingefallen und zugewachsen, so daß der Abfluß sehr gehemmt und dadurch das Kämmereigebiet theilweise unter Wasser gesetzt und mehr oder minder unbrauchbar gemacht worden sei. Der S.'er Graben sei zwar im Uebrigen ordentlich aufgeräumt, jedoch da, wo er in den Grenzgraben einmünde, nicht, so daß der Abfluß aus dem Letzteren gehemmt sei. Nachdem der Beklagte seit mehreren Jahren vergeblich zur Aufräumung des Grenzgrabens aufgefordert worden, habe am 21. November 1854 eine gemeinschaftliche Besichtigung des Terrains stattgefunden; der Beklagte habe aber nicht allein die gemeinschaftliche Aufräumung des Grenzgrabens und weiter die Räumung des S.'er Grabens verweigert, sondern auch erklärt, daß er sich einer einseitigen Aufräumung von Seiten der Stadt mit Gewalt widersetzen werde. Auf diese Thatsachen gründet der klagende Magistrat unter Hervorhebung des Gesichtspunctes, daß der Grenzgraben und der S.'er Graben den Wasserweg zum Abfluß des

Wassers aus dem Kämmereigebiet bildeten, das Gesuch um ein Strafverbot an den Beklagten gegen Störungen oder Hinderungen, wenn er — der Kläger — den Grenzgraben und den auf S.'er Felde belegenen Graben bis zur früheren Breite und Tiefe aufräumen lasse, so wie um Verurtheilung des Beklagten zur Ersetzung des durch die verzögerte Aufräumung der Gräben der Kämmerei erwachsenen Schadens und der Proceßkosten.

Der Beklagte bestritt in der Vernehmlassung den Anspruch des Klägers nicht blos in rechtlicher Beziehung, sondern nahm auch die thatsächlichen Angaben der Klage über das Niveau-Verhältniß des R.'schen Kämmereigebietes und des Gutes S. in Abrede — insbesondere hervorhebend, daß der Kläger nur durch Anlegung neuer Abzugsgräben den Abfluß des Wassers von dem R.'schen Gebiete nach dem Grenzgraben bewirken könne.

Die Justiz-Canzlei zu Güstrow ordnete hierauf von Amtswegen eine commissarische Besichtigung der betreffenden Localitäten zur Aufklärung der Frage an, ob der Grenzgraben und der Graben, welcher vom S.'er Gebiete her in denselben einmünde, zum Ablaufe des Wassers aus dem R.'schen Kämmereigebiete diene und wurde sodann, nachdem vom Kläger auf die Replik verzichtet worden und der Commissionsbericht eingegangen war, der Beklagte durch Erkenntniß vom 13. November 1854 in erster Instanz verurtheilt:

1. sich bei Vermeidung einer Strafe von 50 Thlrn. jeglicher Störung oder Behinderung des Klägers zu enthalten, wenn derselbe den zwischen der R.'schen und S.'schen Feldmark belegenen Scheidegraben und den von diesem in das S.'sche Gebiet führenden Graben, letzteren jedoch nur auf eine Strecke von 3 Ruthen, von der Mündung in ersteren angerechnet, beide Gräben aber bis zu ihrer bisherigen Breite und Tiefe aufräumen werde.
2. dem Kläger den seit dem 21. November v. J. (1854) durch die verweigerte Gestattung der Aufräumung der vorgedachten Gräben entstandenen Schaden, dessen nähere Angabe und Nachweisung vorbehältlich, zu ersetzen, demselben auch

3. die Kosten des Rechtsstreits, salva earum specificatione et judiciali moderatione binnen 3 Wochen sub poena executionis zu erstatten.

Gründe.

1. — Daß die Besitzer ländlicher Grundstücke verbunden sind, die auf ihrem Gebiete befindlichen natürlichen und künstlichen Wasserwege dermaßen in Stand zu erhalten und aufzuräumen, daß das von benachbarten Grundstücken dahin gelangende Wasser ungehindert seinen Abfluß durch denselben nehmen kann, ist als ein feststehender Grundsatz des einheimischen Rechts zu betrachten. Schon die Gesinde-Ordnung Herzog Adolph Friedrich's de 14. November 1654 Tit. V, §. 6, sowie die Güstrow'sche Interimspolizei-Ordnung de 8. October 1661 §. 23 schärfen diese Verpflichtung unter Bezugnahme auf ältere Verordnungen ein und erwähnen dabei besonders der verstopften und zugeschleusten Gräben. Auch das neueste Gesetz, die Verordnung de 31. Juli 1846 über Entwässerung bestätigt im §. 32 diesen Satz, bestimmt aber zugleich unter Anlehnung an das gemeine Recht, daß es dem Besitzer des höher liegenden Grundstücks gestattet sein soll, die Aufräumung der auf fremdem tiefer liegenden Gebiete befindlichen Wasserwege bis zu deren bisheriger Breite und Tiefe selbst auf seine Kosten vorzunehmen, so oft solches die Abwendung oder Abstellung eines für sein Grundstück entstehenden Schadens erfordert.

2. Wenn daher der Kläger von dieser Befugniß der eigenen Aufräumung in Bezug auf den zwischen dem R.'schen Kämmereigebiete und dem Gute S. belegenen auf der Anlage A ad [1] act. jetzt mit a—b bezeichneten und den vom Puncte b aus weiter in das Gut S. führenden Graben Gebrauch machen wollte, der Beklagte sich aber dem nöthigenfalls mit Gewalt widersetzen zu wollen erklärte, so erscheint die auf Untersagung solcher Behinderung gerichtete Klage, das Vorhandensein der sonstigen factischen Bedingungen vorausgesetzt, als wohl begründet, da es namentlich keinen Zweifel leiden kann, daß die Befugniß zur eigenen Aufräumung eines Grenzgrabens demjenigen um so

weniger zu versagen ist, welcher sogar die Gestattung dieser Handlung auf dem eigenen Gebiete des Nachbarn verlangen darf.

3. Zu den gedachten factischen Voraussetzungen gehört nun dem Vorstehenden zufolge zunächst die: daß der Graben, um dessen Aufräumung es sich handelt, zur Aufnahme und Fortführung des von dem klägerischen Gebiete herabfließenden Wassers diene, da schon aus den oben angeführten älteren Gesetzen klar hervorgeht, daß die in Rede stehende Verpflichtung nur in Bezug auf solche Gräben auferlegt wird, welche ihrer Lage und Beschaffenheit nach zur Ableitung des von den benachbarten Grundstücken abfließenden Wassers bestimmt sind und auch die neuere Verordnung, indem sie die Aufräumung der auf dem niedriger belegenen Grundstücke befindlichen Wasserwege resp. vorschreibt und gestattet, offenbar von derselben Ansicht ausgeht. Ein weiteres in dieser Verordnung ausdrücklich hervorgehobenes Erforderniß besteht darin, daß sich die Aufräumung zur Abwendung oder Abstellung eines Schadens für das höher belegene Grundstück vernothwendige.

4. Beide Thatsachen sind durch die am 12. Mai 1854 stattgehabte commissarische Besichtigung zur Genüge erwiesen. Es ergiebt sich nämlich aus der über das Resultat der letzteren aufgenommenen Verhandlung und dem weiter vom Commissarius unterm 14. ejusd. mens. erstatteten Berichte [7] act. Canc., daß nicht nur das aus dem Gebiete der R.'schen Kämmerei abfließende Wasser nach der gegenwärtigen Beschaffenheit der umliegenden Localität und ohne Anlegung neuer kostspieliger Wasserwege keinen andern Abzug haben kann, als durch den zwischen dem R.'schen und S.'schen Gebiete belegenen Scheidegraben und den von letzterem ausgehenden, innerhalb des Guts S. belegenen Graben, weil nach allen anderen Seiten das Erdreich ansteigt, sondern daß auch, wie durch den Augenschein und die angestellten Versuche näher constatirt ist, das beregte Wasser wirklich seinen Abfluß durch die gedachten Gräben nimmt. — Nicht minder ist durch die stattgehabte Besichtigung festgestellt, daß sowohl der in einer Strecke von ungefähr 200 Ruthen zwischen den beiderseitigen Feldmarken hinlaufende, als der von demselben in das

S.'sche Gebiet führende, mehrberegte Graben auf eine Strecke von 3 Ruthen theils auf beiden Seiten vom Vieh niedergetreten, theils in der Art mit Gras, sogenannten Senkbülten und Gebüsch zugewachsen ist, daß dadurch der freie Abfluß des Wassers gehemmt wird, und Letzteres das N.'sche, längs des Scheidegrabens belegene Gebiet an mehreren Stellen überschwemmt hat. Es stand also zur Zeit der Klage jedenfalls die Abwendung eines Schadens durch die Aufräumung zur Frage.

5 Daß diese Ergebnisse der angeordneten Localbesichtigung der jetzigen Entscheidung sofort zum Grunde zu legen und die zur Frage gestandenen Puncte nicht etwa zum Gegenstand einer weiteren Beweisführung Seitens der Partheien zu machen sind, folgt schon aus der rechtlichen Natur und dem auf Abschneidung weiteren Streites über solche sinnlich wahrnehmbare Momente berechneten Zweck der ex officio vorgenommenen Augenscheins-Einnahme. Im vorliegenden Falle ist dies um so unbedenklicher, als dem Beklagten durch seine Zuziehung zu dem Acte hinreichende Gelegenheit gegeben war, die Aufmerksamkeit des Commissarius und des adhibirten Sachverständigen auf ihm etwa relevant scheinende Puncte hinzulenken, er auch wider die thatsächliche Richtigkeit der stattgehabten Wahrnehmungen irgend etwas Erhebliches nicht eingewandt hat.

6. Auch das sonstige Vorbringen des Beklagten wider die Statthaftigkeit der Klage erscheint als unbeachtlich. Denn hätte der Kläger durch die vom Beklagten pag. 11 der Vernehmlassung [3] actor., übrigens ohne alle detaillirteren Angaben, behauptete Anlegung von Abzugsgräben auf seinem Territorio diejenigen Befugnisse überschritten, welche ihm in Gemäßheit der Verordnung de 31. Juli 1846 §. 32 sub c zustehen, so würde doch deshalb der Beklagte der Aufräumung der hier zur Frage stehenden Wasserwege nicht widersprechen dürfen, vielmehr nur zu Anträgen wegen Abwendung des seinem Gebiete durch jene Abzugsgräben etwa drohenden Schadens berechtigt sein. Eben so kann der Umstand, daß der Besitzer des höher liegenden Grundstücks gesetzlich die eigene Aufräumung der auf dem benachbarten fremden Gebiete befindlichen Wasserwege nur in deren

bisheriger Breite und Tiefe beschaffen darf, den Beklagten nur veranlassen, von den ihm zustehenden Befugnissen bei einer etwa demnächst versuchten Ueberschreitung dieser Vorschrift Gebrauch zu machen; keineswegs war der Kläger schon jetzt verpflichtet, das Maaß jener Breite und Tiefe anzugeben.

7. Was den zugleich geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz wegen der verweigerten Gestattung der Aufräumung anbetrifft, so folgt die Verpflichtung des Beklagten, den seit dem 21. November v. J., als dem Zeitpuncte seiner Verweigerung des gegnerischen Verlangens, erwachsenen Schaden zu erstatten, von selbst aus der Nichterfüllung der demselben obgelegenen Verbindlichkeit. Im Uebrigen war, da einerseits die Möglichkeit eines durch die den Abfluß des Wassers vom klägerischen Gebiete hemmende Beschaffenheit der mehrberegten Gräben bewirkten Schadens schon nach den bisherigen Vorlagen nicht zu bezweifeln steht, andererseits der Kläger wegen der accessorischen Natur dieses Anspruchs und der fortwirkenden Eigenschaft des schadenbringenden Zustandes die nähere Begründung und Nachweisung seines Schadens zur Zeit unterlassen durfte, nur die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz des in einer künftigen Liquidations-Instanz vom Kläger nachzuweisenden Schadens auszusprechen.

8. Die Verurtheilung des dem Vorstehenden zufolge als sachfällig zu betrachtenden Beklagten in die Proceßkosten bedarf keiner näheren Rechtfertigung.

Der Beklagte verfolgte das Rechtsmittel der Appellation rechtzeitig gegen diese Entscheidung und machte zur Rechtfertigung seiner Beschwerde namentlich geltend, daß das factische Bestehen eines Wasserweges nicht genüge, vielmehr von dem Nachbaren, welcher die Aufräumung verlange, ein Rechtstitel oder **vetustas** nachgewiesen werden müsse. Nach seiner — des Beklagten — Ansicht sei das fragliche S.'er Terrain im Verhältnisse zu dem R.'schen das höher belegene. Wenn das Wasser von dem Letztern durch den Grenzgraben abgeleitet werden solle, müsse derselbe mindestens um 5 Fuß vertieft werden. Kläger könne die Entwässerung seines stets versumpft gewesenen Gebietes in Grundlage der Verordnung

vom 31 Juli 1846 nur auf administrativem Wege erreichen. Endlich wird hervorgehoben, daß die Klage und Verurtheilung zu allgemein sei, da die Breite und Tiefe, bis zu deren Aufräumung die Verhinderung bei 50 Thlr. Strafe untersagt worden, nirgends angegeben werde.

Das Oberappellationsgericht bestätigte unterm 21 Februar 1856 das erste Erkenntniß aus nachstehenden Gründen:

Es handelt sich hier nicht um eine neue Anlage zur Entwässerung, sondern nur um Aufräumung vorhandener Gräben, weshalb das administrative Verfahren der Verordnung vom 31. Juli 1846 hier nicht Platz greift.

Da nun er, Beklagter, nirgends behauptet, geschweige denn näher dargelegt hat, daß der Abzugsgraben, welcher das Wasser aus dem in Frage stehenden Terrain der R.'schen Kämmerei in den S.-R.'schen Scheidegraben führt, widerrechtlich angelegt worden sei, letzterem also widerrechtlich Wasser zuführe; da ferner nach den commissarischen Ermittelungen — rücksichtlich deren Beweiskraft auf ratio 5 des vorigen Erkenntnisses zu verweisen ist, der in den Scheidegraben mündende S.'sche Graben, welcher in seiner weiteren Fortsetzung sein Wasser in die M. ergießt, zur Abführung des Wassers aus dem Scheidegraben dient, die Einmündung in letzteren auch keinen andern Zweck haben kann, so erscheinen der Grenzgraben und der S.'er Graben sogar als die Wasserwege, welche mitbestimmt waren zur Abziehung des Wassers aus dem fraglichen R.'schen Terrain. Die bloßen Zweifel, welche er, Appellant, darüber äußert, ob sein Grundstück das niedriger belegene sei, können bei dem Laufe, den das Wasser erkennbar nimmt, nicht in Betracht kommen, und seine Behauptung, daß, wenn das aus dem Kämmerei-Gebiete kommende Wasser durch den Grenzgraben gehörig abfließen solle, dieser mindestens um 5 Fuß vertieft werden müßte, ist für die Hauptsache irrelevant, da Kläger nur einen solchen Grad der Trockenlegung bezweckt, welcher ohne Vertiefung des Scheidegrabens zu erreichen ist. Der Nachtheil aber, wegen dessen Abstellung geklagt ist, besteht eben darin, daß — wie die commissarischen Ermittelungen nachweisen — das Kämmerei-

Gebiet bei dem jetzigen Zustande der Gräben jedenfalls mehr unter Wasser gesetzt wird, als es bei gehöriger Aufräumung derselben der Fall sein würde, und trifft daher die Vorschrift im § 32 lit. b der Verordnung vom 31. Juli 1846 hier in aller Beziehung zu.

Desgleichen bietet der Umstand, daß die bisherige Breite und Tiefe der Gräben, bis zu welcher Kläger aufräumen darf, noch nicht festgestellt ist und noch nicht festgestellt werden konnte, keinen Grund zur Beschwerde. Der Punct war bisher nicht streitig geworden, und zur Substantiirung der Klage waren desfallsige Angaben ganz unnöthig, weil die Aufräumung verwachsener und vertretener Gräben einen festen Begriff hat, und eine so bestimmte Arbeit bezeichnet, daß zu einer bezüglichen Verurtheilung nähere Vorschriften nicht erforderlich sind.

24.

1. Das s. g. Recht der Wasserfolge findet weder in Folge einer allgemeinen Rechtsnorm, noch als Inhalt einer durch Vereinbarung der Nachbaren zu begründenden Servitut Anwendung auf Privatseen.

2. Ersitzung von Lehnstheilen.

3. Vergleich über streitige Grenzen eines Lehns ohne Consens des Lehnsherrn. Ge. 331/1852.

Der Gutsbesitzer G. auf A. S., zu dessen Gute der s. g. D.'er See gehört, erhob, unter Ueberreichung einer Copie des betreffenden Theils der Directorialcharte, im Juni 1852 gegen den Gutsbesitzer N. auf Sp., dessen Gut auf der dem Gute A. S. entgegengesetzten Seite, an den D.'er See grenzt, folgende Klage bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow:

Der genannte zum Gute A. S. gehörige See, welcher nach der Directorialvermessung 408,646 Quadrat-Ruthen halten müsse, sei seit mehreren Jahren auf der Seite, auf welcher das Gut Sp. ihm angrenze, gefallen, und hierdurch Land trocken gelegt worden, welches in größern und geringern Breiten von circa 10 — 30 Ruthen und darüber sich an

der ganzen Länge von Sp. hinziehe, während die alten richtigen Grenzen des Sees in Beihalt der Zeichnung (auf der Charte) den Augen sichtbar seien. Dies neu entstandene Land habe Beklagter, so weit dasselbe an sein Gut stoße, d. h. auf der einen Seite durch A. S., auf der andern Seite durch das Gut N. begrenzt, als er im Jahre 1850 Sp. zum Eigenthum erworben, in Besitz genommen, während solches ihm, dem Kläger, als Eigenthümer des Sees gehöre. Er stellt deshalb die Bitte, den Verklagten zur Herausgabe dieses Landes mit den seit der insinuirten Klage percipirten und zu percipirenden Früchten, so wie in die Kosten des Rechtsstreits zu verurtheilen.

Der Beklagte erwiederte in den Exceptionalen:

1. Es sei der Klage nicht zu entnehmen, welches Stück Land Kläger beanspruche. Eine andere Seegrenze als die jetzige sei dem Verklagten nicht bekannt. Welches aber die Seegrenze nach der Directorialcharte sein solle, wäre nicht einmal mit Hülfe eines Geometers aufzufinden.
2. Eben so wenig gehe aus der Klage hervor, aus welchem Grunde Kläger sein Eigenthum an dem fraglichen Lande ableite. Auf die Directorialvermessung von 1763 sich stützend, fordere er alles Land, was seitdem trocken gelegt sei. Um hieraus sein Eigenthum herzuleiten, hätte Kläger zugleich behaupten müssen, daß der Wasserstand des Sees in jenem Jahre ein normaler gewesen, und daß bei jener Vermessung die Nachbaren, besonders aber der damalige Gutsbesitzer von Sp. zugezogen seien, um die auf der Charte verzeichneten Grenzen als richtige für ihre Güter anzuerkennen. Verklagter bitte daher, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen, da keine dieser Behauptungen wirklich vom Kläger aufgestellt sei.

Indem der Beklagte sodann die Directorialvermessung als eine lediglich im fiscalischen Interesse zum Zwecke der Besteuerung vorgenommene dargestellt, die daher für die Eigenthumsverhältnisse der Einzelnen in keiner Weise präjudiciell sein könne, contestirt er

3. eventuell litem dahin, daß er das Eigenthum des Klägers an dem Gute A. S. und dem D'er See, sowie sein eigenes an dem Gute Sp. anerkannt. Er giebt ferner zu, daß er im Jahre 1850 alles auf Sp.'er Seite den See begrenzende Land in Besitz genommen, stellt aber in Abrede, daß der See seit mehreren Jahren gefallen und trockenes Land gebildet habe, und daß der Wasserstand zur Zeit der Directorialvermessung ein normaler gewesen sei.
4. Endlich nimmt der Verklagte die dreißigjährige Ersitzung für sich in Anspruch unter der Behauptung, daß das unmittelbar an den See stoßende Land, zu dessen näherer Beschreibung er ebenfalls eine Charte den Acten beigefügt hat, von seinen Gutsvorgängern bereits vor dem Jahre 1820 in Besitz genommen sei. Als Beweis, daß der See seit 1820 keine Veränderung erlitten habe, soll der Umstand dienen, daß ein von dem früheren Gutsbesitzer, dem Domherrn Grafen von B. auf F., neben einer Trifft für das Sp.'er Vieh nach dem See hin gezogener Doppelgraben noch jetzt vorhanden sei und bis unmittelbar zum See hinreiche.

In der Replik sucht der Kläger auszuführen, daß das Object seiner Klage von ihm mit genügender Bestimmtheit beschrieben sei und daß ferner die Resultate der Directorialvermessung ohne weitere Nachweisungen zur Constatirung seines Rechts ausreichten. Eine Ersitzung des Seestrandes habe gar nicht stattfinden können, da an einem Theile einer gesetzlich untrennbaren und untheilbaren Sache die Acquisitivverjährung ausgeschlossen sei. Ueberdies aber sei eine solche an einem Lande nicht möglich, welches bald durch das Steigen und Fallen des Sees trocken, bald unter Wasser stehe und die Behauptung des Verklagten, daß seit dreißig Jahren das Wasser die jetzige Grenze nicht überschritten habe, entbehre der Wahrheit.

Nachdem sodann vom Beklagten duplicirt und der Actenschluß verfügt war, producirte Verklagter noch einen angeblich zwischen der Herzoglichen Kammer als Eigenthümerin von Sp. und dem Kammerherrn v. R. als Eigenthümer von A. S. im Jahre 1808 geschlossenen Vergleich in beglaubigter Abschrift,

durch welchen der v. R. an die Herzogliche Kammer ohne allen Vorbehalt erb- und eigenthümlich dasjenige Vorland übertragen hätte, welches an dem nach A. S. gehörigen D'er. See längs der Feldmark Sp. und der N'.schen Haide bereits entstanden war, und noch entstehen möchte, wogegen Seitens der Kammer dem von R. ein anderer Strich Landes, welches an A. S. grenzt, zu Eigenthum übergeben sei. Im Eingange dieses Vergleichs heißt es: „es ist nach Ausweisung des vorliegenden Kammer-Rescripts dem Hofrath L. zu S. der Auftrag geworden, mit dem Kammerherrn v. R. in Vergleichs-Unterhandlungen zu treten und den Vergleich bis auf höchste Genehmigung abzuschließen;" und weiter: „nachdem nun der Hofrath L. die Vergleichs-Unterhandlungen mit dem Kammerherrn v. R. eröffnet hatte, so wurde nach wohl erwogener Sache zwischen ihnen folgender Permutations-Vergleich verabredet und unwiderruflich abgeschlossen." Den Schluß der Urkunde bilden die Worte: „Urkundlich ist dieser Vergleich doppelt ausgefertigt, und nachdem durch den Hofrath L. die Bestätigung der hohen Kammer herbeigeschafft und diesem Vergleiche angelegt worden, von beiden Theilen vollzogen worden." Am Fuße der Urkunde findet sich indeß blos die Unterschrift von Ernst Werner v. R., nicht die des Hofraths L., derselben ist aber noch beigefügt ein Schreiben der Herzoglichen Kammer an den Hofrath L. vom 31. December 1807, in welchem es heißt: „aus den von Euch vorgetragenen Gründen genehmigen wir den projectirten Vergleich mit dem Kammerherrn v. R. auf A. S. und committiren Euch bei Retradition des Vergleichs-Entwurfs, selbigen zur Vollziehung zu bringen, dann aber auch solchen **in origine ad acta** einzureichen.

Nachdem nun der Verklagte an Eidesstatt erhärtet hatte, daß er früher von der Existenz dieses Vergleichs keine Kenntniß gehabt habe, stützte er auf denselben eine neue peremtorische Einrede, die er folgendermaßen ausführte.

In Gemäßheit des allegirten Vergleichs seien die Besitzer von Sp. berechtigt gewesen, alles am D.'er See längs der Feldmark Sp. zur Zeit des Vergleichsabschlusses vorhandene und

seitdem bis zur Zeit, bis zu welcher der Paciscent, Kammerherr v. R. und dessen Erben im Lehnsbesitze des Guts A. S. blieben, entstehende und entstandene Vorland als zu Sp. gehörig, sich anzueignen. Dies sei auch Seitens der Besitzer von Sp., nämlich der Herzoglichen Kammer, des Domherrn Grafen B. und seiner beiden Söhne, so wie seiner, des Verklagten, Seits geschehen. Da nun seit dem am 11. Januar 1836 erfolgten Tode des Kammerherrn v. R., in welcher Zeit das Gut seine beiden Söhne, die Majore Otto und Friedrich v. R. zugleich mit dem Allodialnachlaß ererbt hätten, keine Veränderung mit dem Wasserstande des D.'er Sees vorgegangen sei, noch weniger aber seit dem Jahre 1839, in welchem A. S. von den gedachten Besitzern an den Advocaten S. zu R. nach geschlossenem Kaufe tradirt worden, sich an dem See etwas geändert habe, so sei er, Verklagter, rechtmäßiger Eigenthümer des fraglichen Vorlandes geworden, weshalb er bitte um definitive Abweisung des Klägers.

In der Erwiderung auf diese nachträgliche Einrede führte Kläger aus:

1) der von dem Verklagten producirte Vergleich sei gar nicht zu Stande gekommen, da derselbe weder von der Kammer, noch von dem Procurator derselben unterschrieben sei. Hieraus gehe hervor, daß in der Schrift nur ein Vertrags-Entwurf zu erblicken sei.

2) Wäre auch die Perfection des Vertrages anzunehmen, so sei eine Eigenthumsübertragung doch nicht möglich gewesen, denn es fehle

a) die lehnsherrliche Bestätigung und die Genehmigung von Ritter- und Landschaft, welche zu Veräußerung, resp. Vertauschung von Theilen des Domanii gegen Theile eines Rittergutes erforderlich gewesen wäre;

b) eine in Folge des Vergleichs gültig geschehene Translation des betreffenden Bodens;

c) die Zuschreibung dieser eingetauschten und vertauschten Grundstücke zum Hufenkataster und die Vermerkung derselben in dem Hypothekenbuche.

Diese zum Erwerb von Eigenthum nöthigen Requisite seien im vorliegenden Falle nicht vorhanden; namentlich habe der Kammerherr von R. der Kammer den streitigen Gebietstheil nicht tradirt. Es habe daher höchstens eine persönliche Verpflichtung desselben existirt, die ihn, den Kläger, um so weniger binden könne, als er nicht von R.'s Universalsuccessor sei, zudem auch beim jedesmaligen Verkauf von A. S. Lehns- und Civilproclamata erlassen wären, in Folge deren durch Präclusivbescheide die obligatorischen Ansprüche Dritter untergegangen seien.

Bezüglich der vom Verklagten aufgestellten Behauptungen, welche die verschiedenen Veräußerungen von A. S. zum Gegenstande haben, erklärte sich Kläger, nachdem ihm deren specielle Beantwortung auferlegt war, dahin:

Erstlich: er wisse nicht, daß der Kammerherr Ernst v. R. am 11. Januar 1836 verstorben;

Zweitens: er wisse nicht und glaube nicht, daß derselbe sein Lehngut A. S. ebensowohl wie seinen Allodialnachlaß auf seine beiden Söhne, die Gebrüder Otto und Friedrich v. R. vererbt habe;

Drittens: er wisse nicht, daß letztere am 5. Juli 1839 das Lehngut A. S. dem Käufer desselben, weiland Advocaten Fritz S. zu R. tradirt haben.

Der Verklagte erwiderte hierauf:

ad 1. Daß die Urkunde nur von dem Kammerherrn v. R. unterschrieben sei, stehe ihrer Perfection keineswegs entgegen. Es sei früher überall Sitte gewesen und so sei es in Mecklenburg noch heut zu Tage, daß gegenseitige Verträge in der Art vollzogen würden, daß jeder Contrahent ein Exemplar der Urkunde unterzeichne, welches er dem andern Contrahenten einhändige. Letzteres sei hier geschehen.

ad 2 a. Der lehnsherrliche Consens zur Veräußerung eines Theiles von A. S. sei erfolgt. Da der Landesherr zugleich Lehnsherr von A. S. sei, so liege offenbar ein Consens darin, daß derselbe den Procurator der Kammer zur Vollziehung des Vergleichs beauftragt habe. Einer solchen Einwilligung hätte es aber bei der betreffenden Veräußerung nicht einmal

bedurft und zwar deshalb nicht, weil einerseits die Vereinbarung über eine nicht zu jeder Zeit erkennbare Grenze eine eigentliche **alienatio** nicht enthalte, andererseits aber durch den Tausch der Werth des Guts A. S. durchaus nicht verringert sei. Noch weniger könne man das Erforderniß des Consenses von Ritter- und Landschaft behaupten. Wäre ein solches begründet für Veräußerungen Seitens der Kammer, so würde dasselbe nur der gültigen Erwerbung des Landes entgegenstehen, welches durch den Vergleich an A. S. gekommen sei. Um aber Güter zu erwerben, sei nie die ritter- und landschaftliche Einwilligung erforderlich. Und selbst für Veräußerungen schrieben die Gesetze einen solchen Consens nicht vor.

ad 2 b. Eben so wenig sei der Einwand des Klägers begründet, der Kammerherr v. N. habe den fraglichen Bodentheil der Kammer nicht tradirt. Abgesehen davon, daß die Vergleichsurkunde in ihrer Fassung nicht nur eine Verpflichtung zur Abtretung, sondern die Tradition selbst enthalte, so habe Kläger schon in der Klage anerkannt, daß er, Verklagter, sich im Besitze des Seestrandes befinde.

ad 2 c. Die Zuschreibung zum Hufenkataster und die Vermerkung im Hypothekenbuche, die Kläger als zum Erwerbe von Eigenthum erforderlich darstelle, seien dies keineswegs. Die Zuschreibung zum Hufenkataster diene lediglich für Steuerzwecke. Sei dieselbe in dem vorliegenden Falle unterlassen, so habe dies lediglich seinen Grund darin, daß dem einen Gute durch Tausch so viel Land entzogen wäre, als es auf der anderen Seite wieder erworben habe, weshalb die Besteuerung eine Aenderung nicht erlitten habe, eine Zuschreibung zum Hufenkataster also überflüssig gewesen sei. Der Mangel einer Vermerkung im Hypothekenbuche könne aber zu einer Einrede nur dann benutzt werden, wenn darin ein Erwerbsgrund von Grundstücken zu finden wäre. Dieselbe setze indeß vielmehr den geschehenen Eigenthumsübergang voraus und und ihr Mangel könne deshalb in keiner Weise erheblich sein.

Durch alles dies sei erwiesen, daß Beklagter ein dingliches Recht an dem fraglichen Grundstücke habe, wodurch sich auch

die Behauptungen des Klägers als unbegründet darstellten, daß Beklagter in seinen Ansprüchen an das Streitobject durch Proclamata und darauf erfolgte Präclusivbescheide ausgeschlossen sei.

Das erste von der Juristenfacultät zu Berlin eingeholte Erkenntniß vom 31. März 1855 geht dahin:

daß Beklagter auf die Klage sich einzulassen verbunden war und es bei der schon auf solchen Fall in den Acten befindlichen Einlassung bewendet. Würde nun Kläger binnen dreiwöchentlicher Frist den Beweis seiner Klage dahin unternehmen und rechtlich vollführen:

daß von dem Lande, welches der Beklagte mit dem Gute Sp. längs dem D.'er See in Besitz hat, das Vorland in einer Breite von 10 bis 30 Ruthen oder wie viel mehr oder weniger? in der alten richtigen und insbesondere noch zur Zeit der Directorialvermessung vorhandenen Grenze des Sees einbegriffen sei;

dem Beklagten der Gegenbeweis mit dem Beweise seiner Einreden:

daß jenes Vorland am See (oder wie viel davon?) von den Besitzern von Sp. durch dreißigjährige Ersitzung erworben sei;

desgleichen:

daß der mit Ziffer 14 der Acten eingebrachte Vergleich zwischen der damaligen Herzoglichen Kammer und dem Kammerherrn v. N. auf A. S. wirklich zum Abschluß gekommen und dadurch das libellirte Vorland am See (oder wie viel davon?) von den Besitzern von Sp. in Besitz genommen sei, während sich der von N. und bezüglich dessen Söhne als Lehn- und Allodialerben ihres Vaters im Besitz von A. S. befanden;

so wie beiden Theilen jede sonstige rechtliche Zuständigkeit vorbehalten: so würde darauf in der Sache selbst, wie wegen der Kosten einschließlich derer der diesmaligen Actenversendung ferner ergehen, was Rechtens.

Die Entscheidungsgründe lauten in ihrem auf die rechtliche Beurtheilung bezüglichen Theile also:

I.

Als Erste Frage erscheint hierbei, ob die Klage, welche auf Vindication des darin angezeigten Seebodens gerichtet ist, in sich selbst gehörig fundamentirt sei, eine Frage, welche durch das Rescript Großherzoglichen Oberappellationsgerichts vom 14. October 1852 keineswegs schon für beseitiget erachtet werden kann.

Als Klageobject ist bezeichnet ein Vorland am D.'er See von 10 bis 30 Ruthen Breite und darüber, längs der ganzen Ausdehnung des Gutes Sp. an jenem See. — Diese Angabe ermangelt allerdings vollkommener Bestimmtheit; allein sie kann eine solche durch örtlichen Besicht und in dieser oder anderer Art selbst noch im Beweisverfahren ihre punktweise Berichtigung und Festigkeit erhalten.

Als Klagegrund dient die Behauptung: daß die alten richtigen Grenzen des zum Gute A. S. gehörigen Sees zufolge und in Beihalt der Directorialseecharte und Vermessung (von 1763) jenes Vorland in sich begriffen, Verklagter aber solches im Jahre 1850 mit dem Gute Sp. in Besitz genommen habe.

In der Replik hat Kläger demnächst wesentlich diese Directorialcharte und Vermessung als entscheidend in Anspruch genommen.

Eine derartige Bedeutung läßt sich nun allerdings dem damaligen Act an und für sich dem Verklagten gegenüber nicht beilegen.

Die durch den Landesgrundgesetzlichen Erbvergleich im Ersten Artikel unter I. angeordnete Ausmessung aller und jeder ritterschaftlichen Güter war wesentlich zur Grundlage für die Contribution dieser Güter bestimmt. Dafür sind die näheren Vorschriften ertheilt; es ist dabei nirgends als Zweck anerkannt, zugleich ein Grundbuch oder Cataster über Inhalt und Begrenzung der ritterschaftlichen Güter unter einander aufzustellen und wenn §. 38 verfügt:

Finden sich bei der Ausmessung streitige Scheiden oder Grenzen, so sollen dieselben gemessen, auf der Charte notirt,

in dem Messungsregister bemerkt und demjenigen vor der Hand und bis zu ausgemachter Sachen zugeschrieben werden, der in Poßeßion ist:

so war solches ebenfalls schon im Steuerinteresse und in der beabsichtigten Regulirung desselben begründet. Wie aber daraus oder aus §. 34 zu entnehmen sein soll, daß der Besitz der adeligen Güter und der Umfang des Besitzes mit jener Vermessung zu ewigen Zeiten bestimmt werden sollte, ist ganz unerfindlich. Nur die Immunität der einen Hufenhälfte der adeligen Güter ist im §. 7 auf ewige Zeiten versichert.

Wenn ferner Kläger darauf Bezug nimmt, daß zufolge §. 32 jedem Besitzer eines adeligen Gutes freistehen solle, bei der Messung und Taxation „gegenwärtig zu sein und seine Nothdurft dabei wahrzunehmen, nur daß Niemand die Landmesser und Taxatores in ihren Geschäften irre mache" — so waren damit ohne Zweifel die Besitzer derjenigen Güter gemeint, welche eben vermessen würden. Gesetzt aber, es wären damit auch die Nachbarn einbegriffen gewesen, so war ihnen jene Betheiligung jedenfalls nur freigestellt und die etwaige Unterlassung konnte zu ihrem Präjudiz nicht gereichen.

Die Directorialcharte und Vermessung kann also nach der allgemeinen Beschaffenheit derselben ohne Anderes und für sich allein ein ausreichendes Klagefundament nicht abgeben. In der That läßt sich aber auch nicht behaupten, daß die Klageschrift darauf allein Gewicht gelegt habe. Sie sagt nur, daß die alten und richtigen Grenzen aus der Directorialcharte und durch Augenschein erkennbar seien. Die Grundlage bleibt die Behauptung: daß die alte richtige Grenze des Sees das jetzt in Anspruch genommene Vorland in sich schließe. Für das Alter und die Richtigkeit der beanspruchten Grenze und des darin eingeschlossenen Locus wird allerdings auf die Vermessungsverhandlungen (von 1763) Bezug genommen und es kann daraus immerhin ein Beweis geschöpft werden, gleichviel vor der Hand, von welcher Stärke.

Zwar möchte es scheinen, daß die Berufung auf die alte richtige Grenze etwas zu allgemein und als Grundlage eines

Beweissatzes nicht dienlich sei. Indessen halten wir sie nach Maaßgabe der hier in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspuncte für zureichend.

Zuvörderst ist gewiß, das Privat-Seen ungeachtet der Veränderung ihres Wasserinhaltes ihre Grenzen unverändert beibehalten

L. 12. pr. D. de acqu. rer. dom. (41, 1.)

„Lacus et Stagna licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent ideoque in his jus alluvionis non agnoscitur,"

ein Satz, den auch die deutsche Rechtspraxis anerkannt hat.

L. Mencken, Pand. 41, 1. §. 17.

Das Eigenthum an einem See besteht nun aus Bett, Wasser und Ufern. Wem der See gehört, dem gehören auch die Ufer; daher sind sie öffentliches Eigenthum bei öffentlichen Gewässern und bei Privatgewässern in dem Eigenthum derselben mitbegriffen.

L. 112. D. de V. S. (50, 16.)

Das Ufer eines Flusses oder Sees aber ist die natürliche Einfassung des gewöhnlich vollsten Wasserstandes, — nicht bei außerordentlicher Anschwellung —

L. 1. §. 5., l. 3. §. 1. D. de fluminib. (43, 12.)

Es wird angezeigt durch eine steile Declivität

L. 3. §. 2. eod.

oder auch und namentlich bei einem Landsee durch den Raum, welchen die Wellen bei gewöhnlichem vollen Wasserstande bespülen.

L. 12. D. de V. S. (50, 16.)

Litus publicum est eatenus qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.

(d. h. wie schon bemerkt, dann ist litus nicht publici juris.)

Nun kann allerdings noch die Frage entstehen, nach welchem Zeitpunct die Grenze eines Privatsees zu bestimmen sei, da sich

die Möglichkeit nicht bestreiten läßt, daß hierin sogar unmerklich Aenderungen eintreten können.

Vergl. Ulpian in l. 1. §. 5. D. de fluminib. (43, 12.)

wenn es zumal an einer ursprünglichen Ueberweisung des Gewässers zum Privateigenthum innerhalb einer gewissen Abgrenzung gänzlich fehlt. In dieser Hinsicht bleiben keine andere Erkennungsmerkmale übrig, als diejenige, worauf in einer ähnlichen Beziehung von Paulus

in l. 2. pr. D. de aqua. (39, 3.)

hingewiesen ist: nämlich

lex, natura loci, vetustas quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.

Da es nun auch für den vorliegenden Fall an einer gesetzlichen Norm gebricht, so wird dem Kläger nicht zu versagen sein, dasjenige, was er mit den alten richtigen Grenzen rechtlich nur gemeint haben kann, zu beweisen nämlich, daß der zu seinem Gute gehörige See vormals und insonderheit noch zur Zeit der Directorialvermessung in seinem natürlichen vollsten Wasserstande eine größere Ausdehnung gehabt und längs dem Sp.'er Gebiet ein Terrain von 10—30 Ruthen und darüber, und wieviel an jeder Stelle? mehr bedeckt habe. Hierbei wird ihm dann auch unbenommen bleiben, sich der Directorialcharte und Vermessungen zu bedienen; daß Verklagter dieses Terrain in Besitz habe, bedarf nach den Erklärungen desselben keines weiteren Beweises.

II.

Unter den Einreden des Verklagten kommt vorab die der dreißigjährigen Ersitzung in Betracht. Verklagter stützt sie darauf, daß er und seine Sp.'er Vorgänger den auf einer beigefügten Charte näher bezeichneten Seestrand weit über dreißig Jahre als zum Gute Sp. gehörig, eigenthümlich besessen und genützt haben. Diese Einrede ist zum Beweise zu verstellen, da sie jedenfalls auch das vom Kläger in Anspruch genommene Object betrifft und mindestens so weit dies der Fall ist.

Die vom Kläger dagegen vorgebrachten Repliken sind zum Theil unverständlich, zum Theil so unjuristisch aufgestellt, daß sie zu einer näheren Erörterung nicht angethan erscheinen. So ist insbesondere unerfindlich, aus welchem Grunde einzelne Theile des Gutes A. S. unveräußerlich und einer fremden Ersitzung entzogen sein sollten, und wenn es auch im Ganzen richtig ist, daß Veränderungen in der Wasserfläche eines Privatsees die Eigenthumsgrenzen nicht verändern, so ist doch nirgends eine Ersitzung des trocken gelegten Landes ausgeschlossen. Endlich kann wohl die Behauptung keiner Widerlegung bedürfen, daß gegen Kläger, der erst seit 8 Jahren mit A. S. in dem Umfang und mit den Grenzen nach dem Landeskataster und Hypothekenbuch beliehen sei, weder eine ersitzende noch erlöschende Verjährung gedenkbar sei.

III.

In gleicher Weise ist auch die nachträglich in gehöriger Form vorgebrachte Einrede eines Permutations-Vergleichs aus dem Jahre 1808 zum Beweise zuzulassen. Denn wenn Verklagter darzuthun vermag, was der Kläger bisher annoch geleugnet hat, und sich nach den Vorlagen bei Ziffer 14 der Acten nicht mit vollkommener Gewißheit übersehen läßt, daß nämlich der fragliche Vergleich zwischen der vormaligen Herzoglichen Kammer zu Schwerin und dem Kammerherrn von R. auf A. S. wirklich zum Abschluß gekommen sei; daß ferner, was vom Kläger nicht zugestanden, vom Beklagten aber ausdrücklich festgehalten ist, das Gut A. S. bis 11. Jan. 1836 im Besitze des Kammerherrn von R. verblieben und von demselben mit seinem Allodialnachlaß auf seine Söhne Otto und Friedrich vererbt sei, welche es bis zum 5. Juli 1839 behalten haben; seitdem aber auch eine weitere Veränderung in der Seegrenze durch Zurücktreten des Sees und Bildung von Vorland nicht vor sich gegangen ist, so war sowohl die Landesfürstliche Kammer, so lange sie im Besitz von Sp. verblieb, wie auch deren Besitznachfolger berechtiget, das überlassene Vorland am See bis zu jenem Zeitpunkt (1839) auf Grund des Permutationsvergleichs, als eines auch zum Vortheil des Besitznachfolgers gereichenden

Pactum in rem gegen die dadurch verpflichteten Besitzer von A. S. in Besitz zu nehmen und in Besitz zu behalten.

Hierbei erscheint nur der Einwurf des Klägers von einiger Erheblichkeit, daß es an dem bloßen Vergleiche nicht genügt, sondern auch einer wirklichen, d. i. thatsächlichen Transferirung des fraglichen Vorlandes bedurft haben würde. In der That verpflichtete der Permutationstractat nur den A. S.'er Contrahenten und seine Erben; nicht auch jeden Singularsuccessor im Besitz. So weit also bis 1839 neues Vorland Sp.'er Seits noch nicht in Besitz genommen war, konnte solches dem neuen Besitzer von A. S. gegenüber nicht mehr auf Grund des Permutations-Vertrages geschehen oder verlangt werden. Nur das schon wirklich bis dahin in Besitz genommene Vorland ging dann mit Sp. auf jeden neuen Besitzer davon über. Verklagter Seits fehlt es nun zwar hierüber an einer ganz bestimmten Behauptung, daß alles noch jetzt vorhandene Vorland bis 1839 bereits in Besitz genommen. Es wird nur auf das Zugeständniß in der Klage Bezug genommen, daß Verklagter im Besitz seit 1850 sei, woraus aber nicht folgt, daß solches schon 1839 der Fall gewesen. Da inzwischen die Einrede der Verjährung auf einen schon dreißigjährigen Besitzstand gegründet ist, so muß dasselbe auch bei der nachgetragenen Einrede in Betracht kommen und hiermit das Beweisthema der letzteren ergänzt werden.

Die ferneren Repliken des Klägers sind hiergegen von gar keiner Erheblichkeit, denn

a. eine Lehnsveräußerung, welche wegen mangelnden lehnsherrlichen Consenses in Gemäßheit des §. 472 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs null und nichtig sein würde, liegt nicht vor, weil

1) ein Vergleich über streitige oder zweifelhafte Lehnspertinenzien, zumal wenn er im Wege eines Tausches zu Stande kommt, nicht als Veräußerung gelten kann, wie denn auch das gemeine Lehnrecht einem bona fide vom Vasallen über das Lehn eingegangenen Vergleich aufrecht erhält und nicht als verbotene Veräußerung betrachtet.

II. F. 43.

Eichhorn, Grundsätze des Deutschen Privatrechts §. 224. gegen Ende.

und weil

2) der in Rede stehende Vergleich von dem Lehnsherrn um so weniger angefochten werden könnte, als er es durch seine Kammer selbst bei dem Vergleich concurrirt hat, folglich es nicht einmal einer vorherigen Streitankündigung bedurfte.

b. daß zur Gültigkeit des Tauschvertrages die ritter- und landschaftliche Genehmigung erforderlich gewesen wäre, hat Kläger nicht im Entferntesten darzulegen vermocht. — — — —

c. Einer besonderen thatsächlichen Ueberlieferung der in dem Vergleichsact gegenseitig cedirten und überlassenen Landstrecken bedurfte es um deswillen nicht, weil dieselben in dem Bereiche der beiderseitigen Paciscenten lagen und letztere sich gegenseits die Befugniß zugestanden haben, darüber wie über integrirende Theile ihres Eigenthums zu verfügen.

d. Die etwa unterbliebene Zuschreibung des eingetauschten Vorlandes zum Hufenkataster und Hypothekenbuch von Sp. hat nach gemeinen deutschen und landesrechtlichen Grundsätzen die wirkliche Uebertragung des Eigenthums nicht verhindert.

e. Hat Kläger mit lehnsherrlichem Consens das Gut A. S. so gekauft, wie es an sich und mit seinem Zubehör, also auch mit dem D.'er See zu Hufenkataster aufgeführt sei, so ist er doch nicht Eigenthümer des durch den Tausch von 1808 und die nachherige Besitzergreifung Seitens der Besitzer von Sp. davon abgekommenen Vorlandes geworden, sondern er kann höchstens einen Evictionsanspruch an seinen Vormann dieserhalb haben.

f. In gleicher Weise konnte durch Proclamata, welche bei den Veräußerungen von A. S. seit 1839 erlassen worden sind, ein bereits von dem Gute abgekommener Theil nicht wieder zurückgebracht oder den Besitzern desselben die Verbindlichkeit zur Geltendmachung ihrer Ansprüche daran nicht auferlegt werden. Ein bloß dingliches Recht aber auf permanente fernere Consolidirung neuer Seevorländereien mit Sp. wird vom Verklagten dermalen nicht beansprucht.

Auf Appellation beider Theile bestätigte das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 2. Juni 1856 das Urtheil

erster Instanz zwar im Uebrigen; nur wurde dem auf die erste Einrede des Beklagten bezüglichen Beweissatze **reformando** die Fassung gegeben:

daß das vom Kläger in Anspruch genommene Vorland, **event.** welcher bestimmt anzugebende Theil desselben sich seit mindestens dreißig Jahren im Besitze der Besitzer von Sp. befunden habe.

Die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts sind folgende:

1. — — — — — — — — — — — —

Es ist allerdings richtig, daß das vom Kläger in Anspruch genommene Vorland durch die von demselben gegebene Beschreibung nicht ohne Weiteres in voller Bestimmtheit erkennbar wird; in diesem Mangel kann jedoch kein Grund zur Abweisung der Klage in angebrachter Maße gefunden werden, da es, wie bereits in dem Bescheide vom 14. October 1852 — **ad** [2] der hiesigen Acten — angedeutet worden, von vorn herein Aufgabe der Proceßleitung war, zur Hebung etwaniger Zweifel **in facto** gerichtliche Localbesichtigung anzuordnen, und daher jedenfalls der vom Kläger im Termine vom 10. Juni 1853 — [13] **prior.** — gestellte Antrag auf Augenscheinseinnahme zu berücksichtigen sein würde, wenn seine Angaben über das Klagobject nicht als eine genügende Grundlage für die Fällung eines Erkenntnisses zugelassen werden sollten. Nach Lage der Sache erscheinen aber die Einwendungen, welche der Beklagte gegen die Statthaftigkeit eines Erkenntnisses auf die jetzt vorliegenden Acten erhebt, nicht als zutreffend. Denn die Puncte, hinsichtlich deren das Klageobject nach der Beschreibung des Klägers unklar geblieben ist, stehen mit den vom Beklagten bestrittenen und daher zum Beweise zu verstellenden Thatsachen des Klagefundamentes in solchem Zusammenhange, daß mit der Constatirung der letzteren auch die vollständige Bestimmtheit des mit der Klage geforderten Vorlandes herzustellen ist, und durfte daher die Spruchbehörde, deren Ermessen die vorgängige Einnahme eines Augenscheins durch das Decret **ad** [13] überlassen wurde, ohne Beschwerde für den Beklagten sofort in der Sache erkennen,

2. — Die Gründe, mittelst derer der Kläger die ihm im vorigen Erkenntnisse gemachte Beweisauflage angreift, sind unhaltbar. Seine Behauptung, daß das Object des Processes nicht streitig sei, beruhet geradezu auf einer Actenwidrigkeit. Denn er fordert mit seiner Klage Vorland, welches trocken gelegt ist, also bei dem regelmäßigen Stande des Wassers von dem Spiegel des Sees nicht mitumfaßt wird und demgemäß gegenwärtig nicht einen Theil des D.'s-Sees bildet. Ebendasselbe Land nimmt der Beklagte für sich in Anspruch, und ist daher zur Fundirung der Klage der Nachweis der für das klägerische Eigenthum entscheidenden, vom Beklagten aber bestrittenen Thatsache erforderlich, daß das fragliche Land vormals, und zwar insonderheit zur Zeit der Directorial-Vermessung, von dem Spiegel des Sees bei regelmäßigem Wasserstande bedeckt worden ist. Das vorige Erkenntniß bezielt nach Ausweis der Entscheidungs-Gründe, lediglich die so eben bezeichnete Thatsache, wenn es dem Kläger den Beweis darüber auferlegt, daß das streitige Land in der alten richtigen und insbesondere noch zur Zeit der Directorial-Vermessung vorhandenen Grenze einbegriffen sei. Möchte diesem Ausdrucke des Beweissatzes an sich zwar eine weiter greifende Bedeutung beigelegt werden können, so ist doch jeder Zweifel durch die erwähnte Ausführung der Entscheidungsgründe abgeschnitten, und konnte die Bestätigung der Beweisauflage in dem dort entwickelten Sinne keinem Bedenken unterliegen. Ferner ist dem Kläger mit Recht die Breite, innerhalb deren das Vorland früher zum See gehört habe, zum Beweise verstellt worden, weil nur durch die Ermittelung dieses Punctes das von ihm geforderte Object Bestimmtheit erhält. Zum Zweck des fraglichen Beweises die Directorialcharte zu benutzen, ist dem Kläger unbenommen; auch ist ihm, wie hiemit zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich bemerkt wird, durch die Beweisauflage noch nichts in Bezug auf die Frage aberkannt, ob und inwieweit der ihm obliegende Beweis seines Klagegrundes schon durch die Directorialcharte vollständig hergestellt werden kann; vielmehr gehört die Entscheidung über die Relevanz derselben als Beweismittel,

falls der Kläger sich ihrer als solcher bedienen sollte, mit zum demnächstigen Erkenntnisse in probatorio. Auch ist es von selbst klar, daß die sich auf ein gänzlich anderes Verhältniß beziehende Vorschrift im §. 96 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs

confr. Hagemeister, Staatsrecht §. 150.

auf den vorliegenden Streitgegenstand überall nicht zutrifft.

3. — Den Gegenstand der Verjährungs-Einrede bildet lediglich das trockengelegte Vorland, welches gegenwärtig vom Beklagten besessen wird, und seiner Behauptung zufolge bereits seit 30 Jahren in seinem und seiner Vorgänger Besitze gewesen ist. Erwägt man, daß zum Beweise der Verjährung auch die Constatirung der Grenze gehören wird, bis zu welcher der Beklagte und dessen Vorgänger das streitige Land nach der Seite des Sees hin besessen haben, so erledigen sich von selbst die Einwendungen, welche der Kläger gegen die Statthaftigkeit der Verjährung aus der Unbestimmtheit des Objectes entnommen hat. Endlich ist auch die Anwendlichkeit der dreißigjährigen Verjährung auf Lehne oder Theile von Lehnen sowohl in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt, als auch für Mecklenburg durch die Verordnung vom 2. December 1768 außer Zweifel gestellt.

Dagegen ist die Beschwerde begründet, welche beide Theile wegen der Fassung des auf die Verjährung bezüglichen Beweises erhoben haben. Derselbe ist nämlich im vorigen Erkenntnisse auf den Rechtsbegriff der durch dreißigjährige Ersitzung geschehenen Erwerbung gestellt, während richtiger die bezielten Thatsachen festzusetzen gewesen wären. Uebrigens sind beide Parteien darin einverstanden, daß es nur auf die Constatirung dreißigjährigen Besitzes ankommt und ist die Fassung des fraglichen Beweises demgemäß abgeändert worden.

4. — Der Vertrag vom 13. Januar 1808 — Anlage 2 ad [14] prior. — enthält zweifellos einen Vergleich über streitige Grenzen und ist daher die Befugniß des Kammerherrn von R., als derzeitigen Lehnsbesitzers von A. S., diesen Vertrag ohne

Consens des Lehnsherrn mit Rechtsverbindlichkeit für seine Lehnsnachfolger abzuschließen, im vorigen Urtheile mit Recht, auf Grund der Vorschrift in **II. Feud.** 43 anerkannt worden. Das gesetzlich auf Privatseen nicht anwendbare Recht der Alluvion und Accession kann nun freilich durch Vereinbarung der Nachbaren nicht zu einer Norm erhoben werden, welche alle Singularsuccessoren bindet und im Widerspruch mit der Regel des gemeinen Rechts bei allen etwa in der Zukunft eintretenden Veränderungen des Wasserstandes für die Feststellung der Grenze Maß giebt. Denn das gemeine Recht als solches, kann durch Privatverträge nicht alterirt werden. Auch ist dem geltenden Rechtssysteme das sogenannte Recht der Wasserfolge, als Inhalt einer Servitut, unbekannt. Wenn der Eigenthümer eines Sees dem an den letzteren grenzenden Nachbaren das Eigenthum an dem Vorlande abtritt, welches an der Grenze bereits entstanden ist und in der Zukunft noch etwa entstehen möchte, so wird durch solchen Vertrag zunächst nur eine Obligation für den Contrahenten und dessen Erben auf Eigenthumsübertragung begründet. Damit die letztere durch Einräumung des Besitzes bewirkt werde, ist aber keinesweges eine auf die Tradition gerichtete Handlung von Seiten des aus dem Vertrage verpflichteten Eigenthümers erforderlich, sondern genügt es schon, wenn mit seinem Willen der Besitz von dem neuen Acquirenten ergriffen wird.

L L. 46. 47. D. de rei vindicatione (61).
Vergl. L. 9. §. 5. D. de acquirendo rerum dominio (41, 1).

Es ist daher als richtig anzuerkennen, daß in Folge des Vertrages vom 13. Jan. 1808 das Eigenthum an dem Vorlande insoweit auf die Lehnsbesitzer des Gutes Sp. übergehen mußte, als sie dasselbe während der Zeit in Besitz nahmen, innerhalb deren sich der Kammerherr von R. und resp. dessen Söhne, als Lehns- und Allodialerben ihres Vaters, im Besitze von A. S. befanden. Die, die zweite Einrede des Beklagten betreffende Beweisauflage mußte daher bestätigt werden.

25.

1. Ueber das im §. 457 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs bezeugte Herkommen, daß die Lehngüter durch entstehende Concurse aus der Familie fallen.

2. Ueber die mecklenburgische Lehnsverjährung.

Pe. 127/1831.

Die Lehngüter T., G., P. und O. befanden sich im Jahre 1621 vereinigt in den vasallitischen Händen des Hartwig v. P. Nachdem er in diesem Jahre gestorben war, wurden sie im Jahre 1624 unter seine drei Söhne Ulrich, Dietrich und Adam vertheilt. (Sein vierter Sohn erhielt eine hier nicht interessirende Gutskavel.) Ulrich bekam T., Dietrich G., Adam P. und O. — Ueber Ulrich's Vermögen brach Concurs aus, nachdem seine Kinder Matthias, Gottfried, Catharina und Lucie von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatten. Gottfried v. P. erhielt und behielt die Detention des Concursguts T. unter Leitung der Concursangelegenheiten, zur Sicherung seiner und seiner Schwestern insbesondere mütterlicher Ansprüche bis zu seinem Tode, wo sich bereits durch Vergleichung des erlassenen Prioritätserkenntnisses mit der aufgenommenen Taxe herausgestellt hatte, daß dieselben leer ausgehen würden.

G. ward nach dem bis zum Jahre 1628 erfolgten Tode des Dietrich v. P., während es sich in der Verwaltung des Ulrich v. P. auf T. befand, ohne daß dieser oder ein anderer der Brüder die Lehnsfolge in Anspruch genommen hätte, der Wittwe für ihre Dotalforderungen adjudicirt. Bei der Adjudication wurde denen v. P. die Reluition vorbehalten. Als solches Judicat ging das Gut von der Wittwe auf einen Kaufmann E. in H., von dort her auf den regierenden Herzog von Mecklenburg über und von diesem lös'te Gottfried v. P. als Lehnmann das Gut ein. Die für die Acquisition von G. von ihm verausgabte Summe von 5000 Thlrn. wurde gleichzeitig zu Gunsten seiner Landerben als principale Lehnschuld auf das Lehn gelegt.

Ueber P. und O. brach gleichfalls der Concurs aus. Nach vorgängiger Prioritätsbestimmung und Taxation ward es den perceptionsfähigen Gläubigern **in solutum** zugeschlagen und diese überließen es an Gottfried v. P. als antichretisches Pfand mit der Befugniß, es in ein Erbkaufgut zu verwandeln. Die lehnsherrliche Bestätigung erfolgte unter der Bedingung, daß Gottfried die Güter demnächst zu Lehn nehmen solle.

Als Gottfried nach der Wiedervereinigung des Besitzes aller vier Güter in seiner Person im Jahre 1669/70 kinderlos gestorben war, ergriffen seine beiden Schwestern und Erbinnen, Catharina und Lucie, Besitz von den Gütern. An T. hatten sie nur die Detention für ihre inexigiblen Forderungen; G. detinirten sie für ihre allodiale, im Lehn radicirte Forderung von 5000 Thlrn.; P. und O. besaßen sie, gleich ihrem Bruder, als Adjudicat mit der Freilassung, es unter Zustimmung des Lehnsherrn zu Lehn zu nehmen. Alle ihre Rechte an den Gütern, also diese eben genannten, übertrugen sie im Jahre 1670 an den apanagirten Herzog Friederich. Zu diesem Erwerbe gab der regierende Herzog nicht nur seinen Consens, sondern ertheilte dem Erwerber zugleich das nur durch den Vorbehalt gewisser lehnsherrlicher Rechte beschränkte **jus allodii** über sämmtliche vier Güter, welche demnächst durch Erbgang an die regierende Linie gekommen und im Laufe der Zeit incamerirt worden sind.

Im Jahre 1770 beantragten die Vettern v. P. auf M. wiederholt die Einsicht der die Güter betreffenden Archivacten, erhielten aber **per Rescr.** vom 14. Mai und 3. November 1770 — Anlagen **A** und **H** zur Klage — Abschlag. Das zweite Reskript ist an die Vettern v. P., **resp.** zu A., G. und J., gerichtet.

Am 17. Februar 1772 übergaben

1. der Oberstallmeister und Oberst und der Hauptmann, Gebrüder v. P. auf M., J. und L.,
2. der v. P. auf J. und
3. der Oberforstmeister v. P. auf G.

einen Vortrag an die Lehnkammer Zwecks Eröffnung einer Austrägal-Instanz für die von ihnen anzustellende Klage wegen

Reluition der Güter als alter v. P.'scher Stammlehne. — Anlage B zur Klage. —

Ein Maturationsgesuch derselben, welches am 4. Mai desselben Jahres übergeben ward, blieb, wie das erste, ohne Resolution. — Anlage C zur Klage. —

Es überreichten daher

1. der Fürstlich Waldeckische Oberstallmeister und Oberst David und
2. dessen Bruder, der Hauptmann Willen Friederich v. P. auf G.,
3. der Gotthard Wilhelm v. P. auf J.

am 31. Juli 1772 eine Beschwerde und Klage beim Reichskammergerichte zu Wetzlar, auf welche mittelst Decrets dieses Gerichts am $\frac{27.\ \text{Mai}}{3.\ \text{Juli}}$ 1773 die Verhandlung eingeleitet wurde. — Die Klagbitte lautete: **citationem super denegata justitia et ad videndum praedia creditorum nomine pignoris nexu hac usque possessa erga paratam pecuniam revocari seque ad eorum deoccupationem et restitutionem superusurii nec non causatarum expensarum condemnari**" zu erlassen und sodann den Beklagten wirklich zur Deoccupation und Abtretung quästionirter v. P.'scher Lehngüter und Berechnung deren **fructuum perceptorum** gegen Erstattung des für die **jura creditorum** gezahlten Pfandschillings, **refusis expensis,** zu verurtheilen. — Nach dem Eingange der Exceptionalen, welche erst am 28. April 1794 beim Reichskammergerichte übergeben wurden, ruhte die Sache, bis der Lieutenant Ernst v. P. im Jahre 1836 die Bestellung eines neuen Procurators **Serenissimi** bewirkte und gegen diesen den Proceß bei der Justiz-Canzlei zu Rostock fortsetzte. — Das erste von der Juristenfacultät zu Göttingen eingeholte Erkenntniß verurtheilte den Beklagten gegen Entschädigung für Zahlungen an die Schwester v. P., ferner für Zahlungen an damalige T.'er Creditoren, alles dieses nebst Zinsen, sowie für nothwendige und nützliche Auslagen, $^3/_4$ oder $^4/_4$ der Güter (für das letzte $^1/_4$ war dem Kläger nämlich noch ein Beweis in Betreff seiner Activlegitimation auferlegt) herauszugeben, minder nicht Rechnung wegen der gezogenen Früchte abzulegen, und selbige, sowie die vernachlässigten Früchte zu restituiren.

Auf Appellation des Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht unterm 7. März 1850, daß die Klage abzuweisen sei und bestätigte diese seine Entscheidung unterm 10. November 1856 in der Restitutionsinstanz.

Die dem Appellationserkenntnisse beigegebenen Gründe enthalten über die hier zu erörternden Rechtsmaterien folgende Ausführungen:

I. Die Mecklenburgischen Lehngüter fallen mit dem Ausbruche des formellen Concurses über sie aus der Familie des bisherigen Vasallen. —

Das bestimmteste Gesetz hierüber ist im §. 457 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs enthalten. Derselbe lautet wörtlich so:

„Da nach Unserer Lande notorischem Herkommen und „üblichem Gebrauch die Lehne durch entstehende Concurse aus „der Familie fallen; So sind die Gläubiger und Besitzer „solcher Lehn-Güter entweder das Lehn zu suchen, und durch „einen zu benennenden Lehn-Träger zu nehmen schuldig, oder „auch gehalten, Uns selbige, gegen Empfang ihrer rechtmäßigen erweislichen Forderungen, an Capital, Zinsen, „Meliorations-Kosten, sowohl impensarum necessariarum „als utilium, nebst Kriegs- und anderen Schäden, zur Lehnherrlichen Disposition über das Lehn, abzutreten."

Er spricht also geradezu aus, daß die Lehne durch entstehende Concurse aus der Familie fallen. Die Wirkung des Fallens aus der Familie wird unmittelbar an die Entstehung des Concurses geknüpft. — Die Entstehung des Concurses würde selbst dann als Ursache dieses Fallens aus der Familie betrachtet werden müssen, wenn das Gesetz schlechthin nur gesagt hätte, daß die Lehne durch den Concurs aus der Familie fielen, weil der Concurs schon mit dem Beginne desselben wirklicher Concurs ist, folglich auch an diesem Beginn dessen Wirkung schlechthin angeknüpft werden mußte. Um keinen Zweifel übrig zu lassen, ward das Wort „entstehende" ausdrücklich hinzugefügt. Entstehende Concurse, Entstehung oder Eröffnung des Concurses sind gleichbedeutende Ausdrücke.

Hätte die Wirkung des Fallens aus der Familie an einen späteren Act im Concurse, z. B. an den Verkauf oder die Adjudication, angeknüpft werden sollen, so hätte gesagt werden müssen: „da die Lehngüter durch Verkauf oder Adjudication im Concurse aus der Familie fallen." So hat sich aber das Gesetz nicht ausgedrückt. Es kann also die Wirkung des Entstehens des Concurses schlechthin nicht als an ein einzelnes Geschäft in späteren besonderen Abschnitten des Concurses geknüpft gedacht, eine deutliche und bestimmte Vorschrift nicht in eine undeutliche und unbestimmte, ja sogar widersinnige umgesetzt werden. Um sich von Letzterem zu überzeugen, übersetze man den Anfang des §. 457 beispielsweise so: „da — — — die Lehne durch Adjudication an die Creditoren oder durch öffentlichen meistbietenden Verkauf aus der Familie fallen, so sind die Gläubiger entweder — — oder u. s. w." Also in Folge dieser Veräußerungen sollten die Creditoren das Gut entweder zu Lehn nehmen, oder es auch dem Lehnherrn gegen Bezahlung zur lehnsherrlichen Disposition überlassen. Wie wäre es aber möglich, daß z. B. nach dem Verkaufe an Dritte die Gläubiger dennoch für sich die Belehnung mit dem Gute erlangen, oder dasselbe dem Lehnsherrn zu dessen freier Disposition überlassen und noch ein Mal von ihm die Bezahlung ihrer Forderung begehren könnten? Das Ergebniß der grammatischen Interpretation des Gesetzes ist also, daß die Entstehung oder Eröffnung des Concurses über ein Lehngut die Thatsache sein soll, an welche die Rechtswirkung unmittelbar angeknüpft ward, daß das Gut aus der Familie des bisherigen Besitzers gefallen ist.

Daß der Gesetzgeber ein solches Rechtsprincip mit bestimmten und ausdrücklichen Worten sanctionirte, erklärt sich logisch aus nachstehenden Gesichtspuncten:

1. — Mit dem Ausbruche des Concurses ist die Befähigung des bisherigen Vasallen, seine Lehnspflichten gegen den Lehnsherrn zu erfüllen, aufgehoben. Der Lehnsherr behält aber einen unausgesetzten Anspruch auf diese Erfüllung; daraus folgt die Vernichtung des bisherigen, zugleich rein persönlichen

Lehnverhältnisses von selbst; ein anderer und dispositionsfähiger Lehnmann muß an die Stelle des dispositionsunfähigen treten.

Vergl. Weber, Handbuch des Lehnrechts. Thl. 4. S. 624, S. 610. —

2. — Aber der demnächstige Nachfolger des dispositionsunfähig gewordenen Vasallen kann es nicht sein, weil sein Recht erst mit dem Tode des bisherigen entstehet, indem der Concurs für sich keine Refutation enthält. —

3. Bricht der Concurs erst nach dem Tode des überschuldeten Vasallen aus, so wird der an sich zur Nachfolge Berechtigte durch den Concurs über das Gut gleichfalls an der Erfüllung seiner Lehnspflichten verhindert; er steht also dem ursprünglichen Cridar gleich; dasselbe wiederholt sich bei allen späteren an sich zur Succession Berechtigten während der Dauer des Concurses. Somit vernichtet der Concurs seit seiner Eröffnung in der bisherigen Familie immer von Neuem die Möglichkeit der Erfüllung ihrer vasallitischen Pflichten.

4. — Daß nach wirklicher Eröffnung des formellen Concurses die Umstände des Cridars sich so verbessert hätten, daß er in den Stand gesetzt wäre, seine Gläubiger insgesammt vollständig zu befriedigen, gehörte nach allgemeiner Erfahrung besonders in den früheren geld- und creditarmen Zeiten zu den Seltenheiten.

5. — Ein Gleiches lehrte die Erfahrung von den demnächst zur Succession Berufenen, nämlich dahin, daß sie regelmäßig nicht geneigt waren, die gesammten Schulden des Cridars zu bezahlen — also selbst die, welche derselbe außer den auf dem Lehn haftenden hatte —, um das Lehn zu befreien, mithin nicht geneigt waren, das Lehn über seinen wahren Werth hinaus zu bezahlen, und dann, strenge genommen, nicht einmal für sich, sondern lediglich für den noch lebenden Cridar.

6. — Hätte das gemeine Lehnrecht, wodurch eine enge Verbindung zwischen dem Lehngute und der Familie des zeitigen Vasallen bewirkt wird, von jeher in Mecklenburg größeren Eingang gefunden, so würde sich daraus die Neigung der Agnaten haben entwickeln können, für die Wiedereinlösung des Lehns in den seltenen Fällen, wo die Substanz desselben dem Concurse

verfiel, einige Opfer zu bringen. Regelmäßig wären diese deshalb nicht einmal so groß gewesen, weil die Verhaftung einer Substanz für eine Schuld gemeinhin von dem Consense der Agnaten abhing, und sie daher einer zu großen Ueberschuldung von vorne herein widerstrebten. — Allein unser einheimisches Lehnrecht entwickelte sich von Anfang an unter dem abweichenden Gesichtspuncte der Förderung des Realcredits des zeitigen Besitzers des Lehns. Dies führte zu der bekannten Verschuldbarkeit und Veräußerlichkeit der Mecklenburgischen Lehne. Vermöge der Verschuldbarkeit konnte jedes Lehn factisch durchaus willkürlich für die Familie des zeitigen Vasallen vernichtet werden, und vermöge der Veräußerlichkeit ward die Nothwendigkeit aufgehoben, daß das Lehn unmittelbar in der bisherigen vasallitischen Familie factisch verbleibe.

Betrachtungen über die Declarator-Verordnung von 1802, S. 65 u. 77.

So lösete sich das Mecklenburgische Lehn seiner rechtlichen Natur nach von selbst von der engen Verkettung mit der bisherigen Familie ab. — Hat ein, rechtlich so organisirtes Rechtsinstitut Jahrhunderte lang in einem Lande bestanden, so ist begreiflich und natürlich, daß auch das Interesse der Familie an dem Lehn sich schwächt und allgemach gänzlich erstirbt. Ist es rechtlich möglich, und factisch vielfach ausgeübt, daß das Lehngut durch die Veräußerung direct, durch die Verschuldung indirect, zur Waare wird und herabsinkt, so ist erklärlich, daß in der Meinung auch der zunächst interessirten Familie der Preis für eine solche Waare der hervorragendste und bestimmendste Gesichtspunct wird. Damit ist dann die Neigung, ein durch die Willkür des Besitzers gemeinhin weit überschuldetes Lehn durch große Opfer der Familie zu erhalten, der Regel nach als gänzlich erloschen zu betrachten.

7. — Die thatsächliche und erfahrungsmäßige Regel war also die, daß mit der Eröffnung des Concurses zugleich jedes factische Interesse für die Familie aufgehört hatte, sich bei dem Lehne zu betheiligen.

8. Rechtliche Unfähigkeit zur Erfüllung der Lehnspflicht, so wie factische Unfähigkeit und Ungeneigtheit zur Entfreiung des Lehns von allen Concursschulden, verbunden mit dem fortdauernden Recht des Lehnsherrn auf unausgesetzte Erfüllung der vasallitischen Pflichten, führte also von selbst natürlich auf den einfachen Rechtssatz, daß durch Entstehung (Eröffnung) des Concurses das Lehn der Familie verloren, d. h. unbedingt verloren gehe.

9. — Weil man ein Gesetz, eine Regel für alle Fälle haben mußte, so konnte und sollte auf die seltenen Denkbarkeiten, wo eine Befreiung des Lehns von allen Schulden zur Erhaltung desselben in der Familie ausführbar gewesen wäre, keine Rücksicht genommen werden und die einmal gegründete und anerkannte Regel behielt demnächst ihre volle Geltung, selbst wenn es sich ausnahmsweise ereignete, daß der Vasall selbst oder demnächst sein Nachfolger die gesammte Concursschuld abzutragen sich bereit erklärte.

10. Besondere Rechtsmittel, das Lehn nach der Eröffnung des Concurses darüber in der Familie zu erhalten, besaßen die Agnaten des Cridars, als solche, nicht. Eben weil der Concurs das Lehngut allen Schulden des Vermögens des Cridars unterwarf, hätte es, wie gesagt, von den Agnaten niemals anders als durch Abtrag aller dieser Schulden entfreiet werden können; der Retract der Agnaten beim Verkaufe mit bloßer Bezahlung der Kaufsumme war also unstatthaft. Nicht durch die Zahlung der Kaufsumme, sondern höchstens durch die Bezahlung der Totalsumme der Concursschulden hätten sie sich betheiligen können. Allein, wie gleichfalls schon bemerkt ist, ein solcher seltener Fall war legislativ unbeachtlich gefunden. Zur Geltendmachung eines unzuständigen Retracts brauchten also die Agnaten nach dem Ausbruche des Concurses nie aufgefordert zu werden. — Eben so wenig waren sie berechtigt, zum Verkaufe des Lehns im Concurse ihren Consens, wenn auch nur formell, zu ertheilen. Denn da einmal der Concurs das Lehngut allen, selbst chirographarischen Allodialschulden des Cridars unterwarf, sie aber eine zum Concurse führende Schuldenlast

desselben nicht abwenden konnten, diese vielmehr unbedingt anerkennen mußten und ihr mit unterlagen, und die nothwendige processualische Folge jedes geordneten Concursverfahrens die Veräußerung der Concursgegenstände zur prioritätsmäßigen Befriedigung der perceptionsfähigen Creditoren ist, so vermochten sie diesem Hauptzwecke des Concurses auf keine Weise hindernd entgegenzutreten. Mithin war nothwendig die **actio revocatoria** der Agnaten, die lehnsrechtliche und qualificirte **rei vindicatio utilis** wegen nicht nachgesuchten und nicht ertheilten Consenses, ausgeschlossen. So erklärt es sich denn auch, daß den Gläubigern gegenüber unter dem Lehngute und dem Allodialvermögen kein Unterschied gemacht wird, indem zu ihrer Befriedigung beides zusammen eine Masse bildet; so ferner, daß die Gesetze über **cessio bonorum** mit keiner Sylbe eines besonderen Rechts der Agnaten gedenken, gegen Bezahlung der gesammten Schuld die Abtretung des cridarischen Vermögens und Erhaltung des dem Concurse mit unterworfenen Lehngutes in bisheriger Eigenschaft für die Familie zu bewirken.

Bescheid vom 16. u. 19. Juli 1602. — Bärensprung II., pag. 498, 499.
Hof- und Landgerichts-Ordnung, II, 45.
Güstrowsche Canzlei-Ordnung, II, 46.

Aus der Consequenz der einheimischen Lehnrechts- und Concursgrundsätze und aus der Regel der Erfahrung, mithin aus dem concentrirtesten Rechtsbedürfnisse heraus mußte sich daher der Gesetzgeber zu der ausdrücklichen Feststellung des Rechtsgrundsatzes hingetrieben fühlen, wie er in dem Anfange des §. 457 des Landesvergleichs dahin ausgesprochen ist, daß die Lehne mit dem Augenblicke der Eröffnung des formellen Concurses aus der Familie des bisherigen Besitzers fallen.

Wenn die Regel im Anfange oder Vorsatze des §phen nicht diesen Sinn hätte, so würden die Nachsätze in demselben §phen zusammenhangslos dastehen; unter Voraussetzung jenes Sinnes hingegen erhalten sie ihre wahre Bedeutung. Sie besagen folgerecht: daß von der Zeit der Eröffnung des Concurses an die Disposition über die Substanz des Lehns lediglich

in die Hände des Lehnsherrn, wiewohl unter Berücksichtigung der Creditoren und deren concursmäßigen Rechte, gegeben sei. Entweder sollen die Gläubiger sich in die Lage setzen, wodurch sie befähigt werden, die vasallitischen Lehnspflichten selbständig zu erfüllen, oder sie, aus ihrem eigenen Rechte, sollen das Gut an den Lehnsherrn zu dessen — freier — lehnsherrlicher Disposition verstellen. Der Lehnsherr soll dann durch sie zur unbeschränkten und definitiven Verfügung über das Lehn gelangen. Weder jene eigene, rein persönliche, wenn auch nur provisorische und annähernde Ausübung der vasallitischen Rechte und Pflichten durch die Concursgläubiger, noch diese, völlig freie und ausschließende Dispositionsbefugniß des Lehnsherrn ist mit dem hemmenden Fortbestande agnatischer Rechte verträglich. Consequent mußte nach der Natur des Objects, das Eintreten der Gläubiger als Vasallen, oder die Disposition des Lehnsherrn über das Lehn, an den Concurs schlechthin, an die Entstehung und Eröffnung desselben, geknüpft werden, weil der Lehnsherr, wie bereits hervorgehoben worden ist, ein ununterbrochenes Recht auf die Verwirklichung des obligatorischen Theils des Lehnsverhältnisses hatte. Wenn also die Gläubiger nicht sofort als Vasallen durch einen Lehnträger eintraten, so mußten sie in demselben Augenblicke dem Lehnsherrn das Lehn zur lehnsherrlichen Disposition überlassen damit er seine lehnsherrlichen Rechte anderweitig verwirklichen konnte. Freilich mochte es sich dann und wann ereignen, daß das Eine und Andere nicht sofort in Ausführung kam. Bis zur Constituirung des Corps der Creditoren, worauf in früheren Jahrhunderten oft eine lange Zeit hinging, indem die Leitung des Concurses nicht selten dem Cridar noch mit überlassen wurde, mußte ohnehin Beides nach der Natur der Sache immer ausgesetzt werden. Inmittelst konnten Verwendungen nothwendig werden oder Kriegsschäden entstehen. Daß in dem §. 457 dieses Beides mitgenannt wird, spricht also nicht gegen die Richtigkeit des Princips, daß rechtlich sofort nach Eröffnung des Concurses, und nicht erst nach Adjudication oder Verkauf des Gutes das Lehnsverhältniß neu geordnet werden soll. Eben weil jener Zeitpunct entscheidet,

und nicht dieser, so sollen auch im Falle der Abtretung des Gutes an den Lehnsherrn nicht bloß die, nach der Priorität und Taxe und folgeweisen Adjudication perceptionsfähigen Gläubiger, sondern die Gläubiger schlechthin, d. h. sämmtliche Concursgläubiger mit Einschluß der Chirographarien, welche sonst im Verlaufe des Concurses leer ausgegangen wären, ihre vollständige Befriedigung vom Lehnsherrn erhalten. — Da das schuldentragende Lehn allen Gläubigern ohne Ausnahme verhaftet war, so konnte der Lehnsherr die Abtretung desselben an sich nicht anders, als gegen diese vollständige Befriedigung sämmtlicher Gläubiger verlangen. — Es läßt sich also auch nicht von dieser Seite deduciren, daß erst an einen späteren Zeitpunct des Concurses, wo ein Zuschlag des Concursgutes an die Gläubiger oder Dritte erfolgt gewesen, der Verlust der agnatischen Familienrechte am Lehn angeknüpft werden könne. — Selbst wenn vorausgesetzt wird, daß in Folge der Concurseröffnung die Creditoren an sich nicht von selbst und ohne Zuthun des Lehnsherrn am Lehn das dominium utile, sondern nur die Befugniß erlangen, daß letztere Zwecks ihrer Befriedigung zu verwerthen, so folgt doch daraus nicht, daß das Eigenthum am Lehne ebenso wie das am Allodialvermögen einstweilen bei dem Cridar verbleibe; vielmehr tritt, bei seiner völligen Unfähigkeit, die Lehnspflicht zu erfüllen und sich als Vasall aufrecht zu erhalten, der Lehnsherr insoweit wesentlich an seine Stelle, daß in dessen Interesse und zu seiner Schadloshaltung, mit Zurückweisung des Cridars und dessen Familie die Regulirung in Betreff des Verhältnisses zum Lehngute zwischen ihm und den nicht zu beseitigenden Concursgläubigern allein übrig und Bedürfniß bleibt. Gerade die Befriedigung dieses Bedürfnisses bezweckt der §. 457 des Landesvergleichs. Bei ihm ist es sichtlich nur auf die gehörige Abgrenzung der lehnsherrlichen und creditorischen Rechte gegen einander abgesehen, während der bisherige Vasall und dessen Agnaten, wie die Eingangsworte des §phen deutlich zu erkennen geben, als überhaupt nicht mehr zum Lehn berechtigt betrachtet werden. Mithin bleibt es dabei, daß nach dem ausdrücklichen Ausspruche

des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs im §. 457 die Lehne in dem Augenblicke der Eröffnung des formellen Concurses aus der Familie fallen. Ob dieser Satz dispositiv, oder bloß enunciativ ausgesprochen ward, ist gleichgültig, da er allemal als ein geltender Rechtsgrundsatz mit einem bestimmten Sinne von der gesetzgebenden Gewalt aufgestellt worden ist, und die an denselben dispositiv angereiheten Sätze lediglich die Folgen und Wirkungen seines Inhalts entwickeln, ihn mithin mit anderen Worten dispositiv wiederholen. Was der Rechtsgrundsatz, wie er im §. 457 ausgesprochen ist, an sich bedeutet, das gilt er für Jeden, der unter dem Rechte dieses Landes steht, wie wenn der ganze §. Nichts enthielte, als den Satz: „Nach Unserer Lande — — fallen die Lehne — aus der Familie." Die sogenannte enunciative Weise, Rechtsgrundsätze auszusprechen, d. h. sie als geltend vorauszusetzen und zu wiederholen, findet sich vorzugsweise in den Römischen Fragmenten, und niemals ward bezweifelt und durfte bezweifelt werden, daß sie für sich Geltung haben, und daß man sich auf sie in ihrer enunciativen Fassung beziehen dürfe um ihre Existenz darzuthun. Das versteht sich freilich von selbst, daß die enunciative Fassung deutlich und vollständig sein muß. Daran aber fehlt es im §. 457 nicht, in welchem übrigens nicht einmal eine reine Enunciation vorliegt, sondern Vordersatz und Nachsatz ein geschlossenes und untrennbares Ganze bilden. Man hätte mit demselben Erfolge erst den Satz: „Nach — — aus der Familie," so wie er jetzt lautet, für sich selbständig hinsetzen, und daran in neuen selbstständigen Sätzen mit „daher" oder „folglich" oder ohne solche Partikeln die weitere Disposition reihen können. Der Gesetzgeber braucht bloß die Gesetze neben einander zu stellen. Der Jurist hat ihr Causalitätsverhältniß aufzusuchen und darzustellen.

Der §. 458, welcher wörtlich so lautet:

„Jedoch versichern Wir hiemit ausdrücklich, daß Wir über
„die zum Concurs gekommenen Güter wegen des Lehns nicht
„eher disponiren wollen, bevor der Concurs geendiget, oder

„die Güter durch geschehenen öffentlichen Verkauf veräußert „worden" —

giebt die beruhigende Versicherung, daß in dem ersteren Falle, wo das Gut in den Händen der Creditoren bleibt und nicht an den Lehnsherrn abgetreten wird, der Lehnsherr nicht eher auf das Eintreten eines neuen Vasallen bestehen will, als bis das Gut entweder adjudicirt oder verkauft ist. Auf den zweiten Fall des §. 457, wo das Gut von den Creditoren an den Lehnsherrn abgetreten wird, kann die Zusicherung nicht bezogen werden. Denn dann ist — weder auf Seiten der Creditoren noch auf Seiten des Lehnsherrn ein Grund, die Disposition über das Lehn an die Beendigung des Concurses und nicht einmal die Möglichkeit, sie an den Verkauf anzuknüpfen. Sind die Creditoren sämmtlich vom Lehnsherrn, wenn auch gleich nach Ausbruch des Concurses, befriedigt, so mag der Lehnsherr in dem nächstfolgenden Augenblicke über das Lehn verfügen, und ist es von ihnen an den Lehnsherrn abgetreten, so kann ein öffentlicher Verkauf im Concurse nicht weiter vorkommen. Daß zufällig am Schlusse des §. 457 von der lehnsherrlichen Disposition gesprochen wird, bringt noch nicht das Wort „disponiren" im §. 458 mit dem Falle, worin nach §. 457 die lehnsherrliche Disposition vorkommt, in eine innere Verbindung. Daß aber der Lehnsherr die Concurscreditoren, welche das Lehn zu ihrer Befriedigung behalten, wegen seiner Stellung zu dem Lehne gesetzlich beruhigen sollte, war erklärlich und räthlich. — Denn vom lehnrechtlichen Standpuncte konnte der Lehnsherr sofortige definitive Bestellung eines einzigen geeigneten Vasallen begehren; vom Standpuncte des geordneten Concursprocesses mußte er den Gläubigern, welche nach Mecklenburgischem Particularrechte aus dem Lehne zu befriedigen sind, so viel Zeit lassen, daß sie im geordneten Wege des Concursprocesses ihre Befriedigung verwirklichen konnten. Dies geschah entweder durch Beendigung des Concurses ohne Verkauf (also durch Adjudication des Gutes an die perceptionsfähigen Gläubiger, welche stets dem Concurse den Schlußstein aufsetzte), oder durch Verkauf, wo dann damit

nicht nothwendig gleichzeitig die Beendigung des Concurses verbunden ist. —

Der §. 458 enthält also eine beruhigende und declarirende Zusicherung des Lehnsherrn gegen die, aus dem von ihnen behaltenen Lehne zu befriedigenden Creditoren. Für die Conservation der Einlösungsrechte des Cridars oder dessen Agnaten wird darin nicht die geringste Andeutung gegeben. Im Gegentheil die Fassung des §phen ist mit einem solchen Zwecke ganz unvereinbarlich, weil in ihm die fortdauernde Dispositionsbefugniß des Lehnsherrn über das Lehn, d. h. das Recht desselben auf einen neuen ihm beliebigen, seiner Disposition unterstellten Vasallen vorausgesetzt wird, dieses aber neben der Successions- oder Einlösungsbefugniß der bisher belehnt gewesenen Familie nicht bestehen konnte.

Die beiden folgenden §§phen des Landes-Vergleichs lauten so:

§. 459: „Wir versprechen hiebenebst gnädigst, es genug sein „zu lassen, daß wegen der Güter, so per Distributionem „verschiedenen Creditoribus zugeschlagen, nur in genere „über die geschehene Distribution, nicht aber von einem jed„weden Creditore ein particular-Consens seiner Ratae „halber, nachgesucht werde."

§. 460. „Wie denn auch Wir, bei particular-Adjudicationen, „die Verordnung in Unserer Lehnkammer stellen wollen, daß „deswegen das sonst gewöhnliche Consensgeld, es möchte denn „sein, daß derjenige, welcher das Adjudicatum erhalten, „solches an andere wiederum veräußern wollte, nicht, son„dern nur das Schreibgeld dafür genommen werden solle.

Weil der §. 458 neben dem öffentlichen Verkaufe des Lehns der Adjudication desselben an die perceptionsfähigen Gläubiger gedenkt, so erklärt sich daraus der Anschluß des §. 459 an ihn, wodurch versprochen wird, daß wegen der Güter, so per distributionem verschiedenen Creditoren zugeschlagen sind, nur in genere über die geschehene Distribution, nicht aber von einem jeden participirenden Creditor ein Particularconsens — seiner Rate halber — nachgesucht zu werden brauche. Von der

Adjudication des ganzen Gutes in dieser Weise ward man dann von selbst im §. 460 auf das Particularadjudicat hingeführt, und so stehen sämmtliche vier Paragraphen 457—460 in einer natürlichen und zum Theil sehr engen Verbindung.

Es steht danach als unzweifelhafter Satz unseres einheimischen Rechts der fest, daß mit der Eröffnung des Concurses über ein Lehngut dasselbe für immer aus der Familie des bisher besitzenden Cridars gefallen ist. Aus der Zeit nach dem Landesvergleiche ist nur noch der Verordnung vom 5. Oct. 1776 und der Declaratorverordnung von 1802 zu gedenken. Allein die erstere spricht bloß von dem ausgeschlossenen Reluitionsrechte der, antichretisch verpfändenden Concursgläubiger, gehört also gar nicht hieher und die zweite bestätiget durch die Allgemeinheit ihrer Fassung den richtigen Sinn des §. 457 dahin, daß durch den Act der Eröffnung des Concurses die Lehne aus der Familie fallen.

1. — Der Hauptgrund, welcher zur Einführung dieses Grundsatzes veranlaßte, bestand in dem, durch den Concurs nicht beschränkten Rechte des Lehnsherrn auf unausgesetzte Erfüllung der vasallitischen Pflichten und in der regelmäßigen, daher zur ausschließlichen Regel fixirten Unfähigkeit und Ungeneigtheit sowohl des Cridars, als auch seiner Agnaten, diese Erfüllung sofort wieder eintreten zu lassen, verbunden mit der unauflöslichen Unterordnung des Lehns unter die Insolvenz der Masse. Damit mußte man einen wichtigen Schritt über die Grundsätze, welche bei Concursen über Allodialgüter gelten, hinausgehen, und dem Corps der Creditoren allerdings im Interesse des Lehnsherrn und durch dessen Zuthun an der Lehnsache selbst, welche diese Qualität trotz des Concurses behielt und von welcher sie aus ihrer eigenen Person Dienste leisten sollten, insoweit selbständige, die eigene Dienstleistung rechtfertigende Befugnisse einräumen, welche der Gesammtheit der Concursgläubiger bei Allodialgütern niemals eingeräumt worden sind und nicht eingeräumt zu werden brauchten. Es gilt nämlich bei den Concursen über allodiale Grundstücke keineswegs der Grundsatz, daß mit der Eröffnung des Concurses das Eigen-

thum aller Sachen des Cridars auf das Corps der Creditoren übergehe. Ein solcher Satz kann also auch nicht zur Rechtfertigung unseres Princips benutzt werden. Jenen Satz hat weder die Theorie, noch die Praxis des Concursprocesses, am wenigsten Inhalts der Verordnung vom 29. Januar 1646, in Mecklenburg jemals anerkannt. Vielmehr verkaufen die Creditoren diese allodialen Gegenstände, wenn auch aus eigenem Rechte, dennoch immer für die Person des Cridars, zu ihrer Befriedigung, so daß dieser den Verkauf und Verlust durch deren zeitige vollständige Abfindung verhindern kann. Dies gedachte Verkaufsrecht der Gläubiger wurzelt in den gemeinrechtlichen Vorschriften über die Folgen des Pfandrechts, und ward durch das Bedürfniß in dem aufgekommenen Principe der Universalität generalisirt. Wäre nicht die Eröffnung des Concurses positiv, aus besonderen Gründen des Lehnrechts, als der Zeitpunct anerkannt, in welchem die Lehne aus der Familie fallen sollen, so würde dann das Aufhören der Familienrechte keinen natürlicheren Anknüpfungspunct haben, als den Verkauf oder die unbedingte Adjudication — cfr. das Lehnedict vom 26. Sept. 1749 princ. —, welches Beides den Eintritt eines neuen Vasallen zur Folge hat. Denn von der Zeit der gerechtfertigten neuen Belehnung einer anderen Familie an ist das Lehnrecht der alten Familie von selbst erloschen. Nicht Zwei können ein condominium in solidum besitzen.

Die Nothwendigkeit der Veräußerung im Concurse für sich erklärt zwar den Ausschluß der Revocation nach der Ausführung der Veräußerung, allein nicht vor dieser Ausführung den Grundsatz, daß die Lehne schon durch die Eröffnung des Concurses aus der Familie gefallen sind.

Zur Widerlegung des als richtig aufgestellten Princips werden

1. die Vorverhandlungen zum Landesvergleiche, wie der verstorbene Landessecretair Wolff sie zusammengestellt hat, und wie sie als Anlagen 11, 12, 13 der Replik auszugsweise beigebracht sind, in Bezug genommen. Allein mit Unrecht. Denn so weit sie wirklich widersprechende Folgerungen und Gesichts-

puncte aufstellen sollten, wie z. B. am Schlusse der Anlage 13, sind sie durch das anders lautende Gesetz zurückgewiesen. Dagegen wird namentlich in der Anlage 11 und selbst im Anfange der Anlage 13 das richtige Princip anerkannt, daß der bisherige Vasall nur so lange Anrechte an's Lehn behalten kann, als derselbe dem Lehne gehörige Folge leistet, d. h. so lange er rechtlich nicht die Disposition und mit ihr die Befähigung zur Erfüllung seiner persönlichen vasallitischen Pflichten verloren hat. Dieses ist bei einer **adjudicatio particularis** außerhalb des Concurses, welche gesetzlich die Reluitionsbefugniß des Vasallen zuläßt, und daneben bei einem Verkaufe **sub pacto de retrovendendo** einigermaßen unter der Connivenz des Lehnsherrn, welcher beide Rechtsverhältnisse vorläufig als interimistische behandeln läßt, denkbar und ausführbar, nicht aber mehr nach der Eröffnung des formellen Concurses, wodurch die Verfügungsbefugniß des Vasallen unbedingt aufgehoben, und somit seine Fähigkeit zur Entrichtung der obliegenden Lehndienste gänzlich verloren gegangen ist.

2. — Wenn nachgewiesen werden will, daß Lehngutsbesitzer, welche in formellen Concurs geriethen, ihre Lehngüter nach Befriedigung ihrer sämmtlichen Gläubiger vom bisherigen Concursgerichte zurückerhielten, so beweiset diese Rückgabe, welche sich nach dem Zwecke der gerichtlichen Thätigkeit im Concurse rechtfertiget, Nichts für das fernere Verhältniß des Cridars und seiner Agnaten zum Lehnsherrn. Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift und deren consequenter Anwendung haben beide mit der Eröffnung des Concurses über das Lehn alle Ansprüche an dasselbe verloren. Das Lehn ist dadurch einmal aus der Familie gefallen; ihr neuer Besitz ist rechtlich nur Besitz als Neulehn. Die agnatischen Rechte sind unbedingt erloschen. Aus diesem Gesichtspuncte rügt das Lehnedict vom 26. Sept. 1749 im Eingange, „daß es versucht werde durch wirklichen Concurs „vorlängst aus dem Geschlechte gegangene Güter unter dem „Namen alter Lehne zu muthen." Sollte die Praxis dem Cridar selbst die Einlösung seines Lehns aus dem Concurse als alten Lehns gestattet haben, so folgt daraus nicht, daß das an sich

geltende Princip: die Lehne fallen mit der Eröffnung des Concurses aus der Familie, auch für die Agnaten durch die Rechtsausübung beseitigt sei. Denn zwischen dem Cridar und seinen Agnaten findet sich keine Gleichheit der Gründe. Der Concurs hat das Lehn unabänderlich mit dem Vermögen des Cridars verbunden, in welchem es aufgezehrt wird, so daß nicht die Lehnsagnaten als solche, sondern höchstens nur diejenigen, welche in der Qualität als Agnaten, zugleich seine Universalsuccessoren geworden wären, also als Erben, ihm gleichgestellt werden könnten. Die Agnaten, als solche, haben mithin niemals das Recht zur Einlösung der in Concurs gerathenen Lehne, selbst dann nicht, wenn inmittelst der Cridar gestorben ist, und ihnen an sich die Succession in's Lehn eröffnet wäre. Darin läge die Wiederaufhebung des ausdrücklich und unzweifelhaft im §. 457 des Landesvergleichs ausgesprochenen Rechtsprincips. Diese Aufhebung mußte vollständig begründet werden. Dafür enthält die Rechtsentwickelung unserer Lande kein genügendes Material. Die Nachweisung, daß einige Concursgüter nicht bloß vom Cridar selbst, sondern sogar auch von den Agnaten, als solchen, durch Zufriedenstellung sämmtlicher Creditoren als alte Lehne zurückgezogen wären, würde nicht genügen. Eben so wenig würde entscheidend sein, wenn in einzelnen Fällen den Agnaten das Reluitionsrecht der in Concurs gerathenen Hauptlehngüter durch das Concursgericht vorbehalten wäre. Gegen die Creditoren und den Lehnsherrn könnte dies nur unter deren Zustimmung wirken. Die vorgekommenen Vorbehalte der Reluition werden vorzugsweise nur den Charakter des Vorbehalts der Reunion einer Lehnspertinenz haben — cfr. die Anlage W. zur Anlage VIII. ad [37] der Oberappellationsgerichtsacten —, und entscheiden deshalb über das hier zu beurtheilende Princip nicht. — Je größer der Conflict unserer einheimischen und der gemeinrechtlichen Lehngrundsätze von je her gewesen ist, je schwieriger daher die Einsicht in das richtige Verhältniß beider zu einander ward, und je weniger die Jurisprudenz, das Leben und die Gesetzgebung die Schwierigkeit gelöst haben, desto erklärlicher erscheint es, daß die Darlegung der unabwendlichen

Consequenz unbestreitbarer Rechtsgrundsätze befremdet, und daß nach dem Maßstabe dieser Conseqenz Widersprüche und Schwankungen in dem bestehenden Rechtszustande wahrnehmbar werden, welche bei gehöriger Ueberwachung und Beherrschung der Rechtsbildung aus einem rein nationalen Rechtsstoffe niemals hätten entstehen können. Dadurch darf aber der Richter sich nicht abhalten lassen, das vorhandene Rechtsprincip unumwunden anzuerkennen und in allen seinen nothwendigen Folgen zu verwirklichen. Fände die Gesetzgebung die strenge Durchführung des Princips dem Geiste der Zeit und dem Bedürfnisse nicht weiter entsprechend, so läge es ihr ob, einzuschreiten. Sache des Richters ist es nicht, aus gesetzgeberischen Gründen den Boden des bestehenden Rechts zu verlassen. Vom richterlichen Standpuncte aus muß man dabei bleiben, daß die Agnaten vom Augenblicke der Eröffnung des Concurses über das Lehn bis in alle Folgezeit diesem Gute völlig fremde Dritte, im vollsten und strengsten Sinne des Worts sind. Gegen keine creditorische Maßregel haben sie Einsprüche, jeden durch die Creditoren begründeten und von diesen abgeleiteten Besitz müssen sie, gleich allen Anderen, anerkennen, und sie so wenig, wie irgend ein Anderer, sind ad causam legitimirt, als Agnat das Lehn wieder an sich zu bringen, selbst wenn die gröbsten processualischen Verstöße und die ungenügendste Behandlung des Lehns im Concursverfahren von ihnen nachgewiesen werden könnte. Nur als Erben des Cridars wären sie, gleich diesem selbst befugt, um der Möglichkeit eines an sie zurückfallenden Ueberschusses, oder um der Verringerung ihrer fortdauernden Verpflichtungen willen, die Beobachtungen eines geordneten concursprocessualischen Verfahrens zu erzwingen.

Daß demnach das Princip des Landesvergleichs: „die Lehne fallen durch entstehende Concurse aus der Familie," an sich ein gültiges und anwendliches ist, steht fest. Aber es fragt sich, ob auch auf alle Fälle früherer Zeit? Es wird von dem Principe im Anfange des §. 457 gesagt: „daß es im notorischen Herkommen und üblichen Gebrauche unserer Lande wurzle." Es ist also, nach ausdrücklicher gesetzlicher und zu befolgender Erklärung

als ein herkömmliches, der Vorzeit bereits angehöriges und in ihr gebildetes, fertiges zu betrachten, welches sich aus der inneren Beschaffenheit desselben, insbesondere aus seinem Zusammenhange mit dem obligatorischen Theile des Lehnsverbandes, ganz natürlich ablöset; mithin ist das Princip auch auf den vorliegenden Fall anwendlich, der in das siebenzehnte Jahrhundert zurückgeht.

Betrachtungen über die Declarator-Verordnung von 1802, p. 279 seq.

Zu demselben Ziele der Anwendung des Princips auf unseren Fall führt folgende Erwägung. Das Concursverfahren über T., P. und O. soll nach der Darstellung des Klägers noch nicht beendigt sein (obgleich, dem Obigen nach, der Concurs über P. und O. allerdings seine Endschaft lange erreicht hat). Es ging also die Zeit durch, in welcher obiges Rechtsprincip weiter anerkannt war, mithin ward es in dem Augenblicke anwendlich, wo es unter seiner Geltung Stoff zur Anwendung fand, und dieser war in einem noch nicht beendigten Concurse gegeben. So gut also die Rechte der Familie verloren gegangen wären in einem Concurse, so gut mußten sie verloren gehen in einem früher eröffneten Concurse vom April 1755 an, weil von dem Zeitpuncte an der frühere und noch fortdauernde Concurs mindestens ein entstandener war.

Es fehlt sogar nicht an früheren gesetzlichen Spuren des Grundsatzes, daß durch Concurs die Lehne aus der Familie fallen. Der Kläger selbst erkennt seine altherkömmliche Geltung an, und deutet ihn nur für die frühere Zeit anders, als für die spätere.

a. — Das bis zum Landesvergleiche gültige Lehnsedict vom 26. Sept. 1749 spricht im Eingange allgemein „von den, „durch wirklichen Concurs vorlängst aus dem Geschlechte ge„gangenen und der folglichen Caducität halber anderen Va„sallen bereits wirklich zu Lehn gegebenen Gütern," und eben so unter Nr. 8 von den durch Concurs aus einem Geschlecht in das andere gegangenen Gütern. — An beiden Stellen ist wiederum nicht von einem einzelnen Abschnitte des Concursprocesses die Rede, an welchen das Fallen aus der Familie geknüpft

wäre, sondern der Concurs schlechthin, natürlich der wirkliche Concurs, mithin schon die Eröffnung des Concurses, genügt zur Aufhebung aller Rechte der bisherigen Familie am Lehn. Sehr wichtig ist dabei, daß in der ersten Stelle das Fallen aus der Familie durch den Concurs als Caducität aufgefaßt wird, also als eine Aufhebung des Rechts durch die äußere Erscheinung der Felonie, und diese liegt eben darin, daß der Vasall, welcher in Concurs gerathen ist, die Lehndienstpflicht gar nicht weiter erfüllen kann, wodurch sich dieser Fall wesentlich von dem in II. Feud. 24, §. 6 unterscheidet, wo der Vasall nur bei einer einzelnen speciellen Veranlassung factisch an der Erfüllung seiner Dienstpflicht verhindert wird, und dann das Lehn nicht einbüßt, in den Worten: **aliud est, si forte ideo non servierit quia non potuerit, tunc enim feudum non amittit.** Durch die Erwähnung der Caducität wird also gesetzlich die obige logische Begründung des Princips selbst bestätigt.

Die zweite Stelle im Lehnsedict setzt den Concurs schlechthin anderen rechtsbeständigen mit lehnsherrlichem Consense und der Agnaten Bewilligung geschehenen Handlungen entgegen; was also dort die processualische Erscheinung des Concurses allein und nothwendig bewirkt, das Fallen aus der Familie, hat hier die freiwillige Veräußerung mit lehnsherrlichem und agnatischem Consense (letzterem zur Aufhebung des Retractsrechts) zur Folge.

Die erwähnten beiden Stellen sprechen sich zu deutlich aus, als daß ein Widerspruch zwischen ihnen und der dunklen Stelle **sub** Nr. 5 angenommen werden könnte. Diese lautet:

Zum fünften sollen Diejenigen, welche einige von Uns zu Lehn gehende Güter **jure crediti** besitzen, binnen obgesetzter Frist ebenfalls bei Unserer Lehnkammer sich melden, und, da den Agnaten das **jus reluendi** nicht vorbehalten noch offen ist, sich erklären: ob von Uns sie die Lehngüter zum neuen Lehn zu nehmen, oder Unserer lehnherrlichen Disposition gegen Empfang ihrer erweislichen und rechtmäßigen Forderung zu überlassen, gesonnen sind?

Es läßt sich aus dieser Stelle nicht mit Nothwendigkeit erkennen, daß sie den formellen Concurs voraussetzt, und daß sie im formellen Concurse unbedingt einen Abschnitt annimmt, in welchem den Agnaten das Einlösungsrecht als ein gesetzliches, von keiner Zustimmung, weder des Lehnsherrn noch der Gläubiger, abhängiges Recht zugestanden wird. Vorbehalte erklären sich aus der Zustimmung der Interessenten. —

b. — In den vom Kläger (Nachtrag zur Replik) angezogenen **gravamina** von 1701 **addit. class.** 6 beschwert die Ritterschaft **sub** 8 sich darüber, daß bei nothwendigen Veräußerungen lehnsherrlicher Consens gefordert werde; und **sub** 11, daß die Creditoren, welche ihre Befriedigung aus den Lehngütern zu empfangen hätten, überall diese wieder zu Lehn nehmen sollten (weil dadurch ihr Befriedigungsrecht geschmälert werde); sie müßten sie vielmehr frei vom Lehnsnexus behalten dürfen. — Diese Beschwerde mit deren Gegenstande, und die auf sie ergangenen allgemeinen Resolutionen geben also zu der klägerischen Behauptung: sie erwiesen, daß bei den im creditorischen Besitze befindlichen Lehngütern der Lehnsnexus mit dem bisherigen Vasallen während des creditorischen Besitzstandes als fortdauernd zu betrachten sei, — nicht die geringste Veranlassung; im Gegentheil spricht sich darin eher die Ansicht allgemein aus, daß durch den Concurs der Lehnsnexus des Gutes zu der bisherigen vasallitischen Familie gänzlich aufgehoben sei.

Prüft man die Verhandlungen, welche die Entwickelung der Vermögensverhältnisse der Hartwig v. P.'schen Kinder gegen die Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts bestimmten, so erkennt man daraus eine, dem Grundsatze, daß die Lehne durch die Eröffnung des Concurses aus der Familie fallen, entsprechende wenigstens nicht widersprechende Auffassung. — Die Kinder des Ulrich v. P. wiesen, wegen der Ueberschuldung ihres väterlichen Nachlasses, jede Lehnsverbindung mit den Gütern ihres Vaters zurück. Sie behandelten sie lediglich als Gemeingut der Creditoren. Es wurde ein gewöhnliches Concurs-Proclama ohne alle Rücksicht auf die bisherigen v. P.'schen Agnaten erlassen; im Verlaufe des Concurses kam keine Spur

einer agnatischen Einmischung oder von Anerkennung agnatischer Reluitionsbefugnisse vor. Wenn auch Gottfried v. P. einige Male als Lehnmann bezeichnet wird, so entscheidet dieser Name doch nichts, da es ganz entschieden ist, daß er bis zum letzten Augenblick seines Lebens T. nicht als Agnat, sondern nur als Gläubiger, Namens des gesammten Corps der Concurscreditoren, detinirt hat. Aehnlich ging es mit dem P.-Q.'er Concurse. Hier sprachen die Creditoren sich, dem Cridar gegenüber, welcher die Güter nicht räumen wollte, entschieden dahin aus, daß dieselben ihr Eigenthum seien. Das Concursproclama läßt Anerkennung agnatischer Ansprüche nicht ersehen. Hinterher werden den Gläubigern die Güter adjudicirt, gleichfalls ohne alle Rücksicht auf agnatische Befugnisse, und in dem antichretischen Pfandcontracte, welchen sie mit Gottfried v. P. abschließen, wird diesem freigestellt, die Güter selbständig zu Lehn zu nehmen. Das damalige Concursverfahren unterscheidet sich von dem jetzigen in fraglicher Beziehung gar nicht. Es beruhet auf denselben natürlichen Grundlagen, auf der erschöpfenden Verschuldbarkeit der Lehne, auf der regelmäßigen, in den damaligen Zeiten der Verwüstung und Geldarmuth noch gesteigerten Unfähigkeit und Ungeneigtheit, sowohl des Cridars, als auch der Agnaten, die Güter mit dem Betrage des mehrfachen Werths auszulösen, und auf dem ungestörten Rechte des Lehnherrn, des Concurses ungeachtet die Lehndienste zu fordern, und, dem Cridar und dessen Familie gegenüber — insgesammt zur Leistung der Dienste rechtlich unbefähigt —, das in Concurs gerathene Lehn für caduc zu halten und zu erklären. — Recht in jener früheren Zeit hat der Grundsatz, wie ihn der Landesvergleich als altherkömmlich bezeichnet, seine tiefe Wurzel.

Die Parteien beziehen sich neben den Gesetzen auf eine Menge von Urkunden über Rechtsgeschäfte, worin die geltenden Rechtsgrundsätze angewendet sein sollen, und deduciren daraus ihrem Interesse gemäß. Allerdings enthalten Urkunden häufig wichtige Zeugnisse über den Gehalt des bestehenden Rechts; daher sind die vorgelegten hier einer genauen Prüfung zu unterwerfen.

Bringt man sie unter allgemeine Gesichtspuncte, so sind folgende Grundsätze in ihnen ausgesprochen:

1. — **Die Lehngüter tragen indifferenter Schulden.**

4. December 1621, Anlage L., Attest des Herzogs Hans Albrecht zu Güstrow.

2. — Die aus dem Concurse gekauften Lehngüter werden neue Lehne, selbst wenn die Agnaten des Cridars die Käufer sind.

1627, Anlage M., Lehnbrief des Herzogs Hans Albrecht zu Güstrow.
1679, Anlage O., Rescript des Herzogs Christian Ludwig zu Schwerin an seine Lehnkammer.

3. — Die Lehnkammer will den Käufer des Lehnguts aus dem Concurse gegen etwanige Contradictionen von Agnaten schützen.

1647, Anlage N., Lehnbrief des Herzogs Adolph Friedrich zu Schwerin.

4. — Namentlich beim Verkaufe von Lehngütern aus dem Concurse sind Retractansprüche gar nicht zu beachten.

1664, Anlage FF., Erkenntniß der Lehnkammer zu Schwerin.

In einem anderen Falle motivirt die Lehnkammer Dies durch den Satz:

weil quaestio keinesweges de voluntaria sed de necessaria Creditorum post adjudicationem alienatione notorie ventilirt wird.

1672, Anlage EE., Erkenntniß der Lehnkammer zu Schwerin.

5. — Das Lehngut, welches durch Concurs in der Creditoren Hände gerathen, ist dieser Creditoren Gut, und hat daher der Käufer Nichts von Ansprüchen der Agnaten zu besorgen.

1674, Anlage HH., Rescript der Lehnkammer zu Schwerin.

6. — Aehnlich: Der Agnat soll, um zur Belehnung gelassen zu werden, beweisen, daß das Gut nicht in Concurs gerathen sei; (in einem anderen Falle) daß es weder durch Concurs noch sonsten aus der Familie gegangen.

1707, Anlage O., Entscheidung, in Rostock ergangen.
1750, Anlage S., Rescript der Lehnkammer.

7. — Weil das Lehngut in wirklichen Concurs gekommen und also **juxta notoriam praxin** dadurch aus der Familie (der Z.) getreten, so kann der Agnat keine weitere rechtsbefugte Ansprache zur Lehnfolge haben.

1705, Anlage R., Rescript der Lehnkammer an den v. Z.

8. — Den Creditoren schlechthin, sämmtlichen, nicht bloß den perceptionsfähigen, nicht also in einem späteren Abschnitte des Concurses, sondern gleich im Anfange nach formeller Eröffnung desselben, wird auf den Antrag des A. C. vom Lehnsherrn der eigenthümliche Besitz des „durch Concurs auf sie gekommenen Lehnguts" dergestalt gegeben, daß sie von da an als wahre Eigenthümer des Guts bis zum constitutionsmäßigen Verkaufe desselben angesehen und behandelt, aber auch zur Erfüllung aller Lehnspflichten verbunden sein sollen.

Anlage B., 1790, — Anlage C., 1805, — Anlage D., 1806, — Anlage E., 1810, — Anlage F., 1811, — Anlage G., 1814, — Anlage H. J., 1824, — Anlage K., 1829, — insgesammt Rescripte der Lehnkammer.

Durch alle diese Sätze wird aber der allgemeine Grundsatz anerkannt oder unterstützt, daß die Lehne nicht erst durch spätere Acte des Concurses, wie durch Adjudication oder Verkauf, sondern schon früher aus der Familie des Cridars fallen.

Am generellsten ist dies durch den Satz sub 7 gesagt: „da das Lehngut durch den Concurs aus der Familie gefallen." Diesem schließt sich zunächst der Satz sub 6 an: daß der agnatische Anspruch von dem Beweise abhängig gemacht wird, das Lehngut sei nicht durch Concurs aus der Familie gegangen, oder, es sei nicht in Concurs gerathen.

Dem steht wieder am nächsten der Satz sub 5: daß das Gut durch Concurs der Creditoren Gut geworden sei. In der Urkunde folgt zwar auf den Gedanken, daß das Gut in Concurs gekommen, noch der Satz: darauf selbiges an euch (v. Pl.) mit Fürstlichem Consense gebracht; allein dieser kann die Folge, „daß das Gut fremder Creditoren Gut geworden," nicht bedingen, vielmehr muß das ausschließliche Recht der

Creditoren am Gute einem früheren Abschnitte des Concurses seine Entstehung verdanken, und dieser ist — bei der Allgemeinheit des Ausdrucks —: der Zeitpunct der Eröffnung desselben.

Wenn der Käufer eines Lehnguts im Concurse nach dem Satze **sub** 3 gegen etwanige Contradictionen von Agnaten geschützt werden soll, so umfaßt diese allgemeine Zusicherung nicht bloß etwanige Revocationen im strengeren Sinne, sondern zugleich die Retractansprüche; denn auch diese, wären sie zulässig, würden die Rechte des Käufers aufheben. Der Satz **sub** 4 stellt daneben ausdrücklich das Princip auf, daß beim Verkaufe aus dem Concurse Retractansprüche (der Agnaten) nicht zu beachten seien. Ob diesem Verkaufe an Dritte eine Adjudication an Creditoren vorherging oder nicht, ist gleichgültig. Beide sind vollständige **alienationes** und zwar **necessariae.** Es fragt sich nur, ob das Retractrecht erst durch die Alienation aufgehoben wird, oder schon früher aufgehoben ist. Wäre es zur Zeit der Veräußerung noch vorhanden, so bestände sein Wesen gerade in der Ausübung bei derselben; es muß also schon vorher erloschen sein, wenn es überall nicht ausgeübt werden soll. So kommt man auf den Anfang des Concurses zurück. Denn nach diesem Zeitpuncte ist zwischen demselben und dem Verkaufe kein anderer, welcher diesem an Bedeutung gleichkäme. — Der innere Grund warum die Agnaten nicht retrotrahiren dürfen, besteht, wie bereits oben ausgeführt worden ist, in ihrer Verpflichtung zur Vertretung der ganzen Concursschuld, die den Werth des Gutes, und somit ihr **jus succedendi** verzehrt hat.

Uebertrügen die Agnaten, welche das Lehn aus der Concursmasse erkaufen, ihre Successionsrechte auf den Act des Kaufens, so würden sie das Lehn nach gemeinrechtlichen Grundsätzen als altes Familienlehn fortbesitzen. Da sie es aber, nach dem Satze **sub** 2 gleich jedem fremden Käufer, nur als neues Lehn empfangen, so müssen sie ihr Successionsrecht schon vorher verloren haben, und dies führt wiederum zu der Eröffnung des Concurses zurück, wodurch formell gerichtlich aus-

gesprochen wird, daß der Werth des Gutes durch Ueberschuldung verzehrt sei. Diesem Gesichtspuncte entsprechen zugleich die Nachsuchungen und Ertheilungen des lehnsherrlichen Consenses zum creditorischen eigenthümlichen Besitze der Lehngüter, welche in Concurs gerathen waren, in der Weise, wie dies sub 8 zusammengestellt ist. Die Behauptung, daß die Ertheilungen erst im späteren Verlaufe des Concurses an die perceptionsfähigen Creditoren nach vorgängiger Adjudication erfolgt seien, bedarf keiner weiteren Widerlegung. Wenn die beigebrachten Urkunden nicht in die Zeit vor dem Landesvergleiche zurückreichen, und in der Zeit vor demselben überall dergleichen Nachsuchungen und Ertheilungen nicht vorgekommen sind, so beruhet dies auf dem Streite zwischen der Ritterschaft und dem Lehnsherrn über die Wirkung des Besitzes jure crediti. Die Ritterschaft wollte zur Hebung des Credits in diesem Falle von allen, die Activmasse oder das Percipiendum schmälernden Abgaben und Beschränkungen frei sein, der Lehnsherr aber in seinem finanziellen Interesse diese Freiheit nicht anerkennen. Erst der Landesvergleich schlichtete diesen Streit. Aber auf die Stellung der Agnaten zu dem Concursgute hatte jener Streit nicht den mindesten Einfluß. Sie blieben durch den Concurs für immer von aller Betheiligung ausgeschlossen; die Ansicht der Ritterschaft, wonach dies Concursgut frei von Lehnspflichten gegen den Lehnsherrn, gleichsam als Allod, besessen werden sollte, war nicht geeignet, Familienrechte der Agnaten aufrecht zu erhalten.

Der Satz sub 1 enthält zwar keinen unmittelbaren Entscheidungsgrund für die Bestimmung des Zeitpuncts, in welchem die Concursgüter aus der Familie fallen; er giebt aber die Regel an, aus welcher das Fallen aus der Familie allein abgeleitet werden kann, und ist deshalb hier um so wichtiger, als er schon ganz entschieden als ein unbedingt und vollständig gültiger Rechtssatz von der gesetzgebenden Gewalt im Jahre 1621, also lange vor der hier zur Frage stehenden Begebenheit ausgesprochen ward,

cfr. die Landes-Verhandlungen aus den Jahren 1590, 1602, 1606, 1610,

— Spalding pag. 210, 211, 273, 276, 282, 283, 292, 390 —, so wie die Artikel 27 und 31 der Reversalen von 1621, verglichen mit den grav. von 1701 add. 8 cum resol. —, imgleichen die Kaiserlichen Resolutionen von 1724 sub 8 und ad grav. de 1727. nr. 2,1 —.

Betrachtungen über die Declarator-Verordnung von 1802 pag. 53, 58, 59, 64 — 67. —.

und die nothwendigen auf flacher Hand liegenden Folgen davon mit gleicher Bewußtlichkeit schon damals anerkannt gewesen sein müssen, nämlich Verzehrbarkeit des Gutes, Vernichtung der Lehns- und Successionsrechte durch die geschehene Verzehrung, Unfähigkeit der Vasallen und der Agnaten vermöge aufgehobener Dispositionsbefugniß von der Zeit an, die Lehnspflichten zu erfüllen, Recht des Lehnsherrn auf unausgesetzte Erfüllung dieser Pflichten, ausschließliche Dispositionsbefugniß der Creditoren in Gemeinschaft mit dem Lehnsherrn über das Lehn; alles dieses jedoch unbeschadet der daneben bestehenden Verpflichtungen zur Beobachtung des allgemeinen concursprocessualischen Verfahrens, also das Gut thunlichst bald zu versilbern, zunächst durch Verkauf, aushülfsweise durch Adjudication an die perceptionsfähigen Creditoren, anfangs noch interimistisch, am Ende definitiv, wiewohl aber natürlich ohne die geringste Einmischung der Agnaten, welche, als solche, nach Eröffnung des Concurses rechtlich nicht mehr existiren. — Wären die Wirkungen des Princips der Verschuldbarkeit auch nicht gezeigtermaßen durch den Inhalt der Urkunden im Ablaufe der Jahrhunderte bethätigt, so müßte man dennoch alle nothwendigen Consequenzen desselben als von Anfang an bestehend annehmen, in so weit nicht einzelne Abweichungen oder Inconsequenzen unzweideutig durch Gewohnheit oder Gesetzgebung als Ausnahmsgesetze eingeführt oder anerkannt worden wären. Zwischen einem solchen Zwangsgesetze und factischer Abweichung in einzelnen Fällen, deren Gründe nicht klar zu Tage liegen und die regelmäßig ihren Grund in der Zustimmung der betheiligten Creditoren und Lehnsherren gehabt haben können oder werden — zuweilen aber auch der Beschränktheit der juristischen Auffassung ihre Entstehung verdankt haben

mögen —, besteht ein sehr wesentlicher Unterschied; erst dann, wenn alle Merkmale bewußter und dauernder Abweichung von der Regel nachgewiesen werden könnten, müßte man diese als Ausnahme-Gesetz anerkennen. Ein solches läßt sich nun in der Richtung, daß die agnatischen Rechte nach Eröffnung des Concurses namentlich in Bezug auf Einlösung des Concurslehns bis zur reinen Adjudication an die Creditoren, oder bis zum Verkaufe an Dritte, fortgedauert hätten, nicht annehmen; vielmehr widersprechen dem die obigen Sätze, sowohl die allgemeinen, als auch die speciellen.

Mehrere der Urkunden sind für den Beweis, daß die Lehne schon durch Eröffnung des Concurses aus der Familie fallen, nicht stringent und daher unter diesen Beweisen nicht aufgeführt. — Dahin gehören die beiden, die Güter D., B. und L. betreffenden Urkunden aus den Jahren 1703 und 1748, in denen es heißt:

a. daß die Güter in Concurs gerathen und denen Creditoribus distribuirt worden, folglich nach üblicher Praxis dieser Lande keine L.'sche Lehne mehr gewesen, wie Supplicant damit belehnt worden; —

— Anlage JJ., Urthel von Rostock de 25. September 1703 —;

b. daß das Gut per concursum et addictionem in solutum in der Creditoren Hände gerathen, und kein L.'sches Lehn mehr, sondern ein Neu-Lehn sei. —

Anlage DD., Lehnbrief d. d. Schwerin 9. September 1748. —

Es ist in diesen Urkunden nämlich der Concurs schlechthin mit der Addiction und Distribution des Gutes in eine solche Verbindung gebracht, daß man nicht mit Entschiedenheit nachweisen kann, der Verlust der Familien-Rechte knüpfe sich schon an die Eröffnung des Concurses. Man darf aber eben so wenig umgekehrt schließen wollen: weil dieser Verlust ausdrücklich auf die Addiction bezogen wird, so tritt er nicht früher ein. Ein solches argumentum a contrario erschiene hier sehr trüglich, da es in den entschiedenen Fällen nicht darauf ankam, den Anfangspunct des Verlustes zu bestimmen, sondern den thatsächlichen Stand des Concurses für das Urtheil grundleglich zu

machen, und da war es ganz schlagend, daß nach der Adjudication und Distribution des Concursgutes von keinem Anrechte der Agnaten an's Lehn mehr die Rede sein konnte.

Daß auswärtige Rechtsgelehrte in einzelnen Entscheidungen, wie z. B. in der Entscheidung vom 12. August 1748

— Anlage LL. —

in einer processualischen Beweisinstanz den Beweis verlangen: daß nach Mecklenburgischem Lehnrechte und Observanz **feudo creditoribus adjudicato vel vendito** auch die minderjährigen abwesenden Agnaten **a revocatione feudi** ausgeschlossen seien, zeugt nur für ihre Unkunde des einheimischen Rechts, abgesehen von der Unrichtigkeit der Herabziehung eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes in die civilprocessualische Behandlung.

(cfr. Betrachtungen pag. 113, 188).

In anderen Urkunden handelt es sich

a. — gar nicht um den Concurs, oder

b. — es wird nicht aus der Voraussetzung einer Rechtspflicht, sondern aus besonderen thatsächlichen Gründen von der Regel abgewichen, oder

c. — die Frage über das Recht auf den Retract wird nicht darin entschieden, oder es fragt sich

d. — darin vorzugsweise darum, ob der Sohn **facta parentum** prästiren müsse.

Von dem Gesichtspuncte **sub a** gehen die Urkunden von 1656, 1676, 1680 und von 1753

— Anlagen BB. KK. und OO.

aus. Die erste enthält einen Addictionsbescheid aus Güstrow, wonach den Creditoren des Franz W. zu D., S., W. und D. diese Güter **in solutum** mit der Verpflichtung zum Verkaufe zugeschlagen werden, unter Vorbehalt des agnatischen Vorkaufs- und Reluitionsrechts. Sowohl der Eingang dieses, nur extractive vorliegenden Abschiedes: „bereits — — — eröffnet," als auch die Reservation der Uebermaaße und die den Creditoren auferlegte Verpflichtung zur Rückgabe ihrer Obligationen, „weil sie hiedurch aller ihrer Forderungen befriedigt," weiset auf eine

gemeinrechtliche **datio in solutum** außerhalb des Concurses hin, wodurch sämmtliche Creditoren sofort befriedigt sind und sogar den Ueberschuß herausgeben sollen, wenn der bedungene Verkauf Mehr bringt, als die, ihnen als Werth der Güter angerechnete Summe.

cfr. zwei Fälle der Adjudication eines ganzen Gutes außerhalb des Concurses von 1646 und 1655 in der Anlage NN.

In der zweiten Urkunde werden die v. L. **in contumaciam** mit der Reluition des Gutes F. ausgeschlossen, welches v. H. pfandweise besessen hatte, ohne daß vorliegt, F. sei in Concurs gerathen und der Pfandbesitz von den Concursgläubigern abgeleitet. Durch die dritte Urkunde werden die Retractansprüche an das 1722 wegen dringender Schulden veräußerte Lehngut P. und K. abgewiesen, da es derzeit den Agnaten angeboten sei. Allein, daß eine Ueberschuldung Statt gefunden habe, welche den Concurs und in demselben den Verkauf, sowie die Anbietung des Retractsrechts bewirkt habe, läßt sich nirgends erkennen.

Ad b. Die Anlage **AA.**, Abschrift der Anlagen **XXVII.** bis **XXIX.** zu den Betrachtungen über die Constitution von 1802 enthält Verhandlungen über die Reluition des Gutes B. zwischen dem Besitzer Hauptmann v. S. und den prätendirenden v. L. In der Anlage **XXVII.** tragen die v. L. der Lehnkammer am 3. Juni 1678 vor:

„ob auch Magnus L.'en Wittwe einen **concursum creditorum** erreget, so ist doch dadurch die Lehnfolge den Vettern, „wie der Herr v. S. in Acten es **ultro** zusteht, nicht benommen, „sondern frei und offen geblieben, wie es ihnen anständlich und „sie dazu gelangen könnten, zu reluiren — — — Herr v. S. „(giebt) jetzt dazu Anlaß, und (hat) uns aufgemuntert."

In Folge dessen wird den L. am 16. Juli 1678 eine Frist von $1/2$ Jahr zur Geltendmachung der Reluition gesetzt, und da sie dieselbe verstreichen lassen, erfolgt unter dem 4. Jan. 1679 ihre Präclusion.

Es ist zugleich zu ersehen, daß der v. S. das Gut, spätestens 1675 von den Creditoren erkauft und einen Allodialbrief darüber erhalten hat.

Die einseitige Behauptung der Supplicanten in Betreff ihres Reluitionsrechts kann natürlich nicht über das Vorhandensein des entsprechenden Rechtsprincips entscheiden; der v. S. wird es aus thatsächlichen Gründen seinem Interesse angemessen gefunden haben, die Reluitionsforderung anzuerkennen. Aber auch seine etwanige gleiche Rechtsansicht könnte, als die eines einzelnen Privatmannes, Nichts entscheiden. Aus dem Umstande, daß dem v. S. das Gut bereits 1675 als Allodium vom Lehnsherrn conferirt ward, und er es also derzeit schon aus dem Concurse acquirirt hatte, läßt sich folgern, daß in Betreff des Reluitions- und Successionsrechts besondere thatsächliche Verhältnisse obgewaltet haben, weil man sonst das, gewiß unrichtige Rechtsprincip annehmen müßte, daß die Güter nicht einmal durch Verkauf im Concurse, also gar nicht durch Concurs, aus der Familie fielen, und dies doch den früheren, unzweideutig ausgesprochenen Grundsätzen der Lehnkammer zuwiderliefe.

Ad c. ist bloß Bezug auf den Inhalt der Anlage **GG.** — Urkunden aus dem Jahre 1670 — zu nehmen.

Ad d. wird der v. P. am 5. Mai 1755 mit seinem Anspruche, das väterliche Lehngut durch Ausbezahlung desjenigen Quantums, wofür sein Vater es seinen Creditoren abgetreten habe, zu reluiren, als einem widerrechtlichen und nichtigen, gänzlich abgewiesen.

— Anlage MM.

Daß einzelne Urkunden aus dem früherhin selbständig regierten Herzogthume Güstrow sind, thut ihrer Beweiskraft, bei der politischen Einheit beider Herzogthümer und der Gleichheit derselben in der Gesetzgebung und Rechtsentwickelung, keinen Eintrag. Ohnehin stimmt das Wichtigste daraus, das Attest des Herzogs Hans Albrecht vom 4. December 1621, vollkommen mit dem Inhalte der Reversalen von 1621, Art. 27, 31 und anderen, bald darauf im Herzogthum Schwerin ausgestellten Urkunden überein. Die behauptete Erschleichung dieses Attestes ist nicht begründet.

Die mitgetheilten, auf Instanz der Creditoren erlassenen Lehnproclamata von 1713—1817

— Anlage PP. —

sind insgesammt cautelarische Proclamata, mit veranlaßt durch das Schwanken der Rechtsansichten in dem einschlagenden Gebiete. Dies beweiset unter Anderem schlagend die Fassung des Proclama's **pag.** 10—12 Nr. 22 über Th. in Betreff der, „an dieses durch einen Concurs aus der Familie v. Z. **gekommene** Lehngut wider Erwarten etwa zu machenden Lehnsansprüche." Weil das Gut durch Concurs aus der Familie gefallen war, so ließen sich an sich Lehnsansprüche der abgetretenen Familie zu der Zeit, wo die Cessionarien der Creditoren dasselbe verkauften, nicht mehr denken; dennoch aber wurden die Lehnproclamata auf Instanz der Verkäufer erlassen, um wider Erwarten zu machende Lehnsansprüche kennen zu lernen und zurückzuweisen.

Allerdings war es daneben denkbar, daß irgendwie auf das vielgedeutete jus crediti Lehnsansprüche gegründet würden; auch diese sollten bekannt werden. Minder nicht fideicommissarische Beschränkungen. Aber für die Fortdauer der Familienrechte beweisen diese Proclamata Nichts. —

Vergleicht man die einheimische Literatur über diesen Gegenstand, so bietet sie das Bild der größten Widersprüche dar. Obgleich diejenigen particularen Rechtssätze, aus welchen das richtige Princip über die Folgen des Concurses für den Bestand der Familienrechte am Lehn zu construiren ist, bereits vom siebenzehnten Jahrhunderte an vorhanden waren und von den Gerichten geübt wurden, so entwickelten doch die einheimischen Schriftsteller durch unpassende Herzuziehung gemeinrechtlicher Grundsätze aus den verschiedensten Rechtsdisciplinen die abweichendsten Rechtsgrundsätze ohne innere Consequenz. Die Wissenschaft hat daher keine beachtliche Praxis herbeiführen können; vielmehr ist zur Ermittelung der richtigen Grundsätze der obige Weg einzuschlagen gewesen, und deshalb das Eingehen in die Literatur und die Widerlegung entgegenstehender Ansichten der Schriftsteller für den vorliegenden Zweck unnöthig.

Es steht fest: Die Mecklenburgischen Lehne fallen mit dem Augenblicke der Eröffnung des formellen Concurses über sie

aus der Familie des bisher besitzenden Vasallen. Ueber die v. P.'schen Lehngüter T., P. und Q. c. p. ward der formelle Concurs erkannt. Also sind diese Güter seitdem gänzlich aus der v. P.'schen Familie gefallen. Daß der formelle Concurs wirklich über alle drei Güter ausgebrochen ist, erhellt aus der obigen geschichtlichen Entwickelung. Kläger hat dies ursprünglich wegen aller dieser Güter zugegeben, ist dabei auch wegen T.'s geblieben, hat aber hinsichtlich P.'s und Q.'s unmotivirt versucht, das Eingeräumte zurückzunehmen. — Die in gegenwärtiger Instanz nachgereichten Concursacten über diese Güter heben alle Bedenken. Ihr Eingreifen in die, schon vorher bekannten, auf den Concurs zurückweisenden Actenstücke bestärkt ihr Gewicht, und umgekehrt, wie dies Alles bereits oben näher nachgewiesen ist. Daß die Concursacten von dem Beklagten und nicht unmittelbar von dem Gerichte, in dessen Registratur sie sich befanden, zu den jetzigen Proceßacten gebracht sind, verringert ihre Beweiskraft nicht, weil ihre Originalität als öffentlicher Urkunden sich, bei gehöriger Ansicht und Prüfung des Aeußeren und des Inhalts überzeugend darlegt. —

Für P. und Q. kommt noch der weitere Rechtsgrund hinzu, daß der Concurs über diese Güter wirklich geendigt, d. h. die Adjudication der Güter an die perceptionsfähigen Creditoren erfolgt ist, diese Creditoren dann die Güter antichretisch verpfändet und gleichzeitig eventuell verkauft, das pretium empfangen und unter sich vertheilt haben, und daß der Lehnsherr den Handel insbesondere als Kaufhandel genehmigt, auch demzufolge die Nachsuchung der neuen Belehnung durch den Acquirenten Gottfried v. P. begehrt hat. Daß dies Alles nach den vorgelegenen Umständen legaliter ausgeführt worden ist, versteht sich, nach allgemeiner gesetzlicher Präsumtion für die Legalität der Amtshandlungen der mitgewirkt habenden Behörden, von selbst, und wird insbesondere durch die vorliegenden, über die entscheidenden Handlungen aufgenommenen Urkunden im Detail bestätigt. — Eines näheren Eingehens in die rechtliche Natur, Bedingung und Wirkung der Adjudication im Concurse bedarf es hier nicht. —

Es ist demnach nachgewiesen: Die Lehngüter T., P. und O. sind durch die Eröffnung des Concurses über sie im siebenzehnten Jahrhundert, jenes im Jahre 1657, diese im Jahre 1647 aus der Familie v. P. gefallen. Jede Lehnsverbindung der Familie mit diesen Gütern hat aufgehört, und kein Recht irgend eines Mitgliedes dieser Familie ist denkbar, die Güter aus Gründen des früheren Lehnsverbandes an sich zurück zu bringen. Mithin ist auch die vorliegende Klage, sie mag Pfand- oder Eigenthumsklage sein, und Reluitions- oder Revocatorklage genannt werden, verwerflich.

II. Das Gut G. ward jedenfalls durch Verjährung der Familie v. P. entzogen.

G. ward durch die Erbtheilung von 1624 ein selbständiges Gut. Die Mitwirkung Fürstlicher Commissarien zu derselben bürgt dafür. Seit der Zeit, in welcher Dieterich v. P. es erhielt, hörte es mithin auf, eine Pertinenz von T. zu sein, welche es bis dahin gewesen war.

Nach dem Tode des Dieterich ward es nicht von seinen Brüdern und Agnaten, die zur Succession berufen waren, als ererbtes Lehn in Besitz genommen, sondern es ward von Ulrich v. P. auf T. für die Wittwe des Dieterich v. P., welche es für ihre Illatenforderung detinirte, verwaltet.

Weil sie auf anderem Wege keine Aussicht zu ihrer Befriedigung hatte, so veranlaßte sie es, daß es ihr im Jahre 1647 unter dem Betrage ihrer Forderung adjudicirt ward.

Im folgenden Jahre verkaufte sie all ihr jus und Eigenthum, so sie durch ordentlich Recht und Spruch, auch gerichtliche Adjudication wegen ihrer Ehegelder an das P.'sche Gut G. erlangt, dem Kaufmann E. In der Acte ward angeführt, daß bei der Adjudication denen v. P. das Reluitionsrecht vorbehalten worden, doch daß selbige die erweislichen beständigen Verbesserungskosten baar wieder erlegen sollen.

Die Wittwe und Erbin des Kaufmanns E. übertrug am 17. Januar 1661 dem regierenden Herzoge Christian Ludwig die Rechte ihres verstorbenen Mannes an G. nebst den Melio-

rationen, und der Herzog verkaufte alle so erworbenen Rechte am 8. März 1661 weiter an seinen Lehnmann, Gottfried v. P. zu T., und dessen männliche Leibeslehnserben und Lehnsfolger, mit dem Anhange, daß dieser Hof die vorigen Lehnseigenschaften bei Vacanz des Lehns und in Allem unveränderlich behalte.

Schon die Acte vom 17. Januar 1661 weis't darauf hin, daß man den Fortbestand des Wiedereinlösungsrechts der Familie v. P. annahm, indem die Meliorationen, welche allein bei Geltendmachung dieses Rechts in Betracht kommen konnten, dem Herzoge mit verkauft wurden. Noch bestimmter tritt dies dadurch hervor, daß der Herzog die Rechte aus dem Adjudicate weiter cedirte, da, wenn solches Recht der Familie v. P. nicht bestand, durch die Abfindung der Wittwe E. Consolidation eingetreten sein würde.

Gottfried v. P. hatte seine Neigung, G. einzulösen, schon in dem Gesuche vom 15. Juli 1660 dem Herzoge zu erkennen gegeben, und denselben um Beförderung dieses Wunsches gebeten. Thatsächlich erfolgte die Reluition, als er unterm 8. März 1661 die Rechte aus dem Adjudicate an sich brachte und zugleich vom Lehnsherrn — mit durchgängiger Beibehaltung der vorigen Lehnseigenschaft — dergestalt als Lehnmann anerkannt ward, daß auf die männlichen Leibeslehnserben und Lehnsfolger des jetzigen aquirens G. zu vererben.

Mit dieser Lehnserneuerung ward das von dem Vasallen eingelösete Adjudikat von selbst getilgt, und daher drückt sich die Acte vom 8. März 1661 ganz richtig aus, wenn sie den Anspruch der Allodialerben auf Auszahlung der Kaufsumme von 5000 Thlr. beschränkt und eines Rechtes derselben aus dem Adjudikate gar nicht gedenkt. Das Kaufgeld, zur Einlösung des Lehns verwandt, bildete eine wahre Lehnsschuld und wurde als solche Lehnsherrlich festgestellt.

War so die Einlösung von einem der v. P. geschehen, und das Adjudikat getilgt, so ist die bezügliche Einlösungsbefugniß der Familie v. P. erledigt und kann nicht weiter geltend gemacht werden.

Nach dem Ableben des, ohne Descendenz verstorbenen Majors Gottfried v. P. traten nun unterm 8. August 1670 seine, das Gut besitzenden, Allodialerbinnen mit Bezug darauf, daß schon ihr Bruder bei seinem Leben entschlossen gewesen, sein Gut G. gegen wirkliche Contentirung dem Herzoge Friedrich abzutreten, dem letzteren alle ihre Rechte an das Gut dergestalt ab, daß der Herzog ein wahres Eigenthum und Besitz daran, auf Maaß und Weise der verstorbene Major solchen gehabt, haben solle, und der regierende Herzog bestätigte im December 1670 nicht blos diese Erhandlung der **jura creditorum**, sondern conferirte und ertheilte außerdem aus besonderer Affection und freundbrüderlichem geneigten Willen dem Herzoge Friederich das **jus allodii** über das Gut unter gewissen lehnsähnlichen Beschränkungen, reservirte sich jedoch ausdrücklich die Reluition.

Dieser Vorbehalt und das Verbot der Veräußerung an einen **extraneus** zeigen eben so wie die stattgehabten Vorverhandlungen, daß Herzog Christian Ludwig das Lehn für heimgefallen ansah. In diesem Sinne disponirte er darüber. Ob mit Recht oder nicht, ist für die Verjährungsfrage ohne Bedeutung. Die Verleihung Seitens des Lehnsherrn war dem Herzoge Friedrich der Titel, auf welchen er das Gut als Allod besaß, und selbst, wenn Letzterer gewußt hätte, daß revocationsberechtigte Agnaten vorhanden seien, so wäre damit doch nicht die **conscientia rei alienae** dargethan, da es noch immer ungewiß blieb, ob ein Agnat das Lehn wirklich zu erwerben geneigt und im Stande sein werde. Die Verordnung vom 2. December 1768 giebt denn auch überall nicht zu erkennen, daß das Wissen um die Existenz von Agnaten die Lehnsverjährung ausschließe, sondern fordert zur völligen Entfernung von Revocationsansprüchen lediglich einen 30jährigen geruhigen und rechtlichen Besitz eines Lehngutes als Lehns oder Allods. Daß aber Herzog Friederich und seine Erben G. als ihr Eigenthum bei Weitem länger, als 30 Jahre, unangefochten und ohne rechtliche Unterbrechung besessen haben, ergiebt sich aus der vorangeschickten geschichtlichen

Darstellung. Somit ist durch Verjährung alle und jede Revocation ausgeschlossen.

Ist hienach die Klage wegen aller Güter abzuweisen, so folgt daraus die Verpflichtung des Klägers, die Kosten nicht nur aus dieser, sondern auch aus der ersten Instanz zu bezahlen.

Der in der Restitutions-Instanz gefällte Spruch, dem ein im Resultate übereinstimmendes, in der Begründung aber abweichendes Erachten der Bonner Juristen-Facultät vorangegangen war, ist so motivirt:

1. — — — — — — — — — — —

2. — Der erste und bei Weitem schwierigste der zu entscheidenden Streitpunkte betrifft die Deutung des im § 457 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs als notorisches Landesherkommen bezeugten Satzes, daß Lehngüter durch entstehende Concurse aus der Familie fallen, mithin den Lehnsfolgern des Cridars, als solchen verloren gehen. Die Rationen zur sententia contra quam kommen durch eine grammatische und logische Interpretation jenes authentischen Zeugnisses zu dem, gegen erhobene Einwürfe vertheidigten Resultate, daß der Untergang der agnatischen Rechte sich schon an den Act der formellen Concurseröffnung knüpfe; die in gegenwärtiger Instanz zu Rathe gezogenen auswärtigen Rechtsgelehrten wollen jene Wirkung erst mit der Adjudication an die (nach der Taxe zur Perception kommenden) Gläubiger resp. auch mit dem gewöhnlichen concursmäßigen Verkaufe eintreten lassen, und erkennen an, daß dabei ein Näherrecht der Lehnsvettern nicht begründet, und eine Vorladung derselben nicht erforderlich sei; der Implorant endlich, der nebenbei übrigens die Geltung jenes Rechtssatzes für die ältere Zeit, und namentlich für die zweite Hälfte des 17. Jahrhunderts, bezweifelt, will die Lehnsfolger erst dann ausgeschlossen wissen, wenn eine definitive Adjudication oder concursmäßiger Verkauf stattgefunden hat und die Agnaten mit ihren Rechten auf Grund einer gehörigen, aber nicht befolgten Ladung prä-

cludirt worden sind. Es läßt sich nun allerdings nicht leugnen, daß diesen so weit auseinandergehenden Ergebnissen der bisher angestellten Untersuchungen gegenüber eine allseitig befriedigende Lösung der obwaltenden Controverse nicht zu erreichen ist, so lange man die erwähnte Stelle des Landesvergleichs und ähnliche allgemeine Beglaubigungen des streitigen Rechtssatzes als Grundlage und Ausgangspunct der ganzen Erörterung festhält; denn es existirt keine authentische Formel für jenen Satz, welche darauf berechnet wäre, denselben genau zu präcisiren und vor Mißverständniß zu schützen, vielmehr wird derselbe stets als bekannt vorausgesetzt und nur angeführt, um einzelne Consequenzen daraus zu ziehen. So ist namentlich im §. 457 cit. das Absehen lediglich darauf gerichtet, die lehnsherrlichen Rechte im Concurse des Vasallen zu wahren, wobei es, wie sich weiter unten ergeben wird, auf eine sorgfältige Bezeichnung desjenigen Actes, welcher die agnatischen Rechte aufhebt, gar nicht ankam. Unter diesen Umständen kann es daher nur zweckmäßig gefunden werden, daß das Bonner Erachten die Auslegung des §. 457 cit. und der daran sich schließenden neueren Verordnungen an's Ende der ganzen Entwickelung gestellt, und zuvor die wahre Bedeutung des streitigen Satzes aus den sonstigen Eigenthümlichkeiten des Concurs- und Lehnrechtes zu ermitteln versucht hat. Die damit vorgezeichnete Methode der Rechtsfindung, wonach eine auf das Herkommen als letzte Quelle zurückzuführende, mithin an sich zum jus non scriptum gehörende Norm, zu deren genauer Begrenzung die in Gesetzen und nachweisbaren Gewohnheiten vorhandenen Data nicht ausreichen, durch wissenschaftliche Deduction aus den feststehenden Principien der einschlagenden Rechtslehren begrenzt wird, ist als ganz richtig anzuerkennen, aber im vorliegenden Falle bisher nicht erschöpfend durchgeführt worden, indem die Verfasser des Erachtens über die Besonderheiten des Mecklenburgischen Concurs- und Lehnrechtes nicht hinausgehen. Nun sind aber diejenigen Rechtsinstitute, aus denen die hier geltend gemachten Ansprüche hergeleitet werden, durchaus nicht dem Mecklenburgischen Particularrechte besonders eigen; sie stammen vielmehr aus dem gemeinen Deutschen Rechte, gelten nur

Albrecht, Gewere, §. 16.

mit geringen Modificationen ihrem ganzen wesentlichen Bestande nach auch in hiesigen Landen und finden nur dadurch eine häufigere Anwendung, als in anderen deutschen Rechtsgebieten, weil die hiesigen Lehngüter, sofern sie nicht auf zwei Augen stehen, frei veräußerlich und verschuldbar sind. Es handelt sich hier ja nicht um die Consequenzen des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbotes, sondern um die Rechte, welche den Lehnsfolgern aus einer an sich erlaubten Veräußerung erwachsen und diese sind keine anderen, als welche ihnen unter gleicher Voraussetzung auch das gemeine Recht beilegt. Vor allen Dingen muß demnach von den darauf bezüglichen Instituten eine klare Anschauung gewonnen werden und diese durch eine gedrängte Hervorhebung der wesentlichsten Puncte zu vermitteln, erscheint um so nöthiger, als die Parteischriften, trotz ihres bedeutenden Umfanges, gerade hierauf nicht näher eingegangen sind.

3. — Das Deutsche Immobiliarsachenrecht beschränkt bekanntlich den freien Verkehr mit Grundstücken auf mancherlei Weise. Stammgüter und Familienfideicommisse können ohne Einwilligung der successionsberechtigten Personen überall nicht gültig veräußert oder mit Schulden beschwert werden; für sonstige Erbgüter gilt die durchgreifende Regel, daß der Veräußerer eines so wichtigen Vermögensobjectes dasselbe den successionsfähigen Mitgliedern seiner Familie unter übrigens gleichen Verhältnissen eher, als jedem Anderen, gönnen soll. Sie sind die Nächsten zum Gute, und stehen unter einander, wenn mehrere von ihnen zugleich Anspruch erheben, in der Ordnung, in welcher sie zur Succession berufen sind. Dies ist die Erblosung, welche allen anderen sonst noch vorkommenden allgemeinen Näherrechten vorgeht. Die Geltendmachung eines solchen Rechtes setzt voraus:

1) daß der Eigenthümer sich des Grundstücks bereits wirklich entäußert, d. h. die factische Herrschaft über dasselbe zur selbständigen Ausübung eines dinglichen Rechtes einem Anderen übertragen habe.

2) daß Dies geschehen sei in Folge eines Contracts, in welchen einzutreten der Nähergelter weder durch seine Persön-

lichkeit, noch durch Mangel an Mitteln zur Bestreitung der zu übernehmenden Gegenleistung gehindert ist.

Ausgeschlossen ist demnach die Schenkung, weil dieselbe stets auf persönlicher Neigung des Veräußerers zu dem Beschenkten beruhet, mithin der Nähergelter die Persönlichkeit des neuen Erwerbers nicht ersetzen kann; ferner der Tausch, weil der Nähergelter die vertauschte Sache dem Erwerber des Grundstückes, der sich mit dem Ersatze des Werthes oder mit einem gleichartigen Objecte nicht zu begnügen braucht, zu restituiren außer Stande ist

Seine Hauptanwendung findet das Näherrecht beim Verkaufe und heißt hier **retractus** im technischen Sinne. Der Retrahent fordert die verkaufte Sache von jedem dritten Besitzer gegen Erstattung des Preises, den der erste Käufer gegeben hat. Daneben kann er nach Maßgabe der darüber bestehenden allgemeinen Rechtsregeln gewisse Verwendungen auf die Sache dem Besitzer zu vergüten haben.

cfr. Walch, das Näherrecht, Buch I. Hauptst. 3. Abschn. 2.

Wäre das Näherrecht nur bei einer geschehenen Eigenthumsentäußerung anwendlich, so würde dasselbe, wie meistens auch angenommen wird, auf den Fall eines rechtsbeständigen Verkaufes und der daraufhin erfolgten Tradition zu beschränken sein, weil unter allen Geschäften, welche den Eigenthumsübergang bewirken, dieses das einzige ist, bei dem die oben erwähnten beiden Voraussetzungen zusammentreffen. Es ist indessen durchaus kein innerer Grund zu solcher Beschränkung vorhanden, vielmehr liegt es in der Consequenz des, das ganze Rechtsinstitut beherrschenden Principes, das Näherrecht auch dann zuzulassen, wenn der Eigenthümer einem Gläubiger den Pfandbesitz eines Grundstücks eingeräumt hat. Der Nähergelter, welcher eben unter gleichen Verhältnissen ein besseres Recht auf den Besitz hat, befriediget den Gläubiger und tritt an dessen Stelle. Dies ist das Reluitionsrecht im technischen Sinne. Von practischer Bedeutung ist diese geringere, übrigens aber dem eigentlichen Retracte völlig gleichartige Befugniß solchen Pfandrechten gegenüber, welche, wie die ältere deutsche Satzung an Immobilien,

Albrecht, Gewere, §. 16.

dem Creditor den vollständigen Nießbrauch des Objectes verschaffen; bei einem gewöhnlichen Pfandbesitze, welcher nur Sicherstellung einer Forderung ohne positiven Vortheil gewährt, fehlt das vermögensrechtliche Interesse zum Reluiren, und die Bestellung einer einfachen Hypothek enthält dazu nicht einmal eine genügende rechtliche Veranlassung, weil der Verpfänder selbst einstweilen die Herrschaft über die Sache behält; erst wenn der Gläubiger das Gut mit der hypothekarischen Klage an sich gezogen hat, könnte von einer Reluition, und nach dem Verkaufe von einem eigentlichen Retracte die Rede sein. Somit bleibt für diese zweite Art des Näherrechts nur ein überaus kleiner Wirkungskreis im neueren Pfandsysteme übrig; dieselbe wird deshalb oft ganz übersehen, hat jedoch in Mecklenburg ausdrückliche Anerkennung gefunden, weil hier antichretische Verpfändungen von Landgütern nicht selten waren.

Reversalen von 1572, VIII.

Eschenbach, in den Rostocker Nachrichten, 1822 Seite 65 ff.

Die aus dem Näherrechte entspringende Klage gegen den dritten Besitzer ist der kurzen Verjährung von Jahr und Tag unterworfen. Die Frist beginnt für jeden Berechtigten in dem Momente, in welchem er zuerst wußte oder ohne eigenes Verschulden nicht ignoriren konnte, daß die beiden Voraussetzungen der Klage vorhanden seien. Sind 30 Jahre seit dem Zusammentreffen beider Voraussetzungen verstrichen, so ist das Klagerecht unbedingt erloschen.

II. Feud., 26, 13.

II. Feud., 9, 1.

Walch, a. a. O. Buch I, Hauptst. 5, §. 12 ff.

Außerdem geht das Recht demjenigen, welcher den ihm angebotenen Eintritt in den Veräußerungsvertrag abgelehnt hat, oder mit seiner nicht abgegebenen Erklärung präcludirt worden ist, durch die darin liegende ausdrückliche resp. fingirte Entsagung verloren.

Walch a. a. O. §. 4 ff.

Die bisher beschriebenen Näherrechte gehören, ihrem Ursprunge nach, dem alten landrechtlichen Systeme an; sie sind in

das erst später zur Ausbildung gelangte Lehnrecht als ein fertiges Institut herüber genommen, haben sich aber durch die in den **libris feudorum** ihnen zu Theil gewordene Anerkennung gerade auf diesem Gebiete besonders festgesetzt. Freilich untersagt das gemeine Lehnrecht mit Rücksicht auf die lehnsherrlichen Gerechtsame dem Vasallen bei Strafe der Felonie alle diejenigen Veräußerungen, welche zu einem Einstandrechte der Lehnsfolger Gelegenheit geben; es kann indessen ein Lehen sofort bei der Errichtung als ein veräußerliches für alle Zukunft constituirt worden sein, auch kann der Lehnsherr im einzelnen Falle die Alienation gestatten, und den Lehnsfolgern steht alsdann das Näherrecht zu Gebote. Hat eine unerlaubte Veräußerung stattgefunden, so kann der Lehnsherr das ihm durch solche Felonie **ipso facto** heimgefallene Gut von jedem Besitzer ohne irgend einen Ersatz für die contractliche Gegenleistung mit einer unverjährbaren **actio revocatoria** vindiciren. Für einen agnatischen Retract ist dann kein Raum, aber die Folgen der Felonie hat nur der Veräußerer selbst mit den an seine Handlungen gebundenen Rechtsnachfolgern zu tragen. Kommt ein unabhängiger Lehnsfolger zur Succession, so muthet er nunmehr das auf ihn verstammte Gut und vindicirt dasselbe vom Besitzer, natürlich ebenfalls ohne die auf die Erwerbung verwandten Kosten zu ersetzen. Dies ist die sogenannte **revocatio ex capite successionis**. Sie steht dem Lehnsfolger auch bei erlaubten Veräußerungen neben dem Retracte zu, wenn er warten will, bis das Lehen ihm eröffnet wird.

Das sind nun die hier in Betracht zu ziehenden Rechte der successionsfähigen Mitglieder der Familie eines Vasallen: Retract und Reluition, welche unter den Gattungsbegriff des Näherrechts fallen, und Revocation, welche auf der **successio ex pacto et providentia majorum** beruhet. Die Reunion veräußerter Pertinenzen gehört nicht eigentlich hierher, weil sie nicht dem Lehnsfolger, als solchem, sondern jedem Erwerber des Hauptgutes freisteht.

4. — Da die Mecklenburgischen Lehngüter, mit alleiniger Ausnahme des im Art. 31 der Reversalen von 1621 vorge-

sehenen Falles frei veräußerlich sind, so erleiden die bisher beschriebenen Rechte der unabhängigen Lehnsfolger eine wichtige Beschränkung, welche gegen eingedrungene mißbräuchliche Anwendung gemeinrechtlicher Lehren in Schutz zu nehmen die Declarator-Verordnung vom 12. Febr. 1802 bestimmt ist. Während nach gemeinem Lehnrechte ein Agnat den ihm angebotenen Eintritt in ein Veräußerungsgeschäft unter Verweigerung seines Consenses ablehnen darf und damit die Befugniß erwirbt, dem ihm nicht convenirenden Näherrechte zu entsagen, ohne für den Fall der dereinstigen Successionseröffnung die Revocation aufzugeben, haben die Lehnsfolger nach Mecklenburgischem Rechte überall kein eigentliches Widerspruchsrecht. Demnach bleibt die Revocation, welche wegen der Verschuldbarkeit der Lehne die Uebernahme aller zur Zeit der anzufechtenden Veräußerung darauf haftend gewesenen Schulden und Verbindlichkeiten erheischt, nur dann statthaft, wenn den Lehnsfolgern durch die vorschriftsmäßige öffentliche Ladung keine Gelegenheit geboten war, ihr Näherrecht auszuüben. Die durch die Constitution vom 2. December 1768 geregelte Lehnsverjährung setzt der, also beschränkten, in keiner Weise begünstigten Revocation eine neue Schranke, und greift regelmäßig der Klagverjährung vor, welche natürlich für jeden einzelnen Successor erst im Momente der wirklichen Verstammung beginnen würde und von da an 30 Jahre zu laufen hätte. Endlich führt die Verschuldbarkeit noch zu dem unbestrittenen Satze, daß die Lehngüter von jedem Concurse des Vasallen ihrer Substanz nach mitergriffen werden. Dabei haben die sonst so wichtige Unterscheidung zwischen Allodial- und Lehnsschulden, so wie die Gegensätze von absoluten und respectiven, necessairen und subsidiairen Lehnsschulden für die Frage nach den Rechten der Lehnsfolger keine Bedeutung, da bei der vorhandenen Insufficienz des Vermögens die subsidiaire Haftung der Lehngüter für alle Schulden wirksam wird, und die Lehnsfolger allen Concursgläubigern nachstehen müssen.

5. — Durch die Concurseröffnung verliert der Vasall die Disposition über das Lehngut, welches seinem substanziellen Werthe nach den Creditoren zufällt. Allerdings erlangen die-

selben nicht ohne Weiteres das lehnbare Eigenthum selbst, sondern nur ein Recht auf dessen Geldwerth, und haben demnach einstweilen nur einen Pfandbesitz: sie besitzen jure crediti, nicht jure dominii. Rücksichtlich der creditorischen Rechte ist also zwischen feudalen und allodialen Concursgütern kein Unterschied. Das Eigenthum aller zu seinem Vermögen gehörenden Sachen verbleibt nach unbestrittener Regel des Concursrechtes dem Cridar, bis die einzelnen Objecte durch Verkauf oder Adjudication definitiv aus der Debitmasse veräußert werden. Daß dieser Satz für das feudale dominium utile nicht gelte, der Ausbruch des Concurses vielmehr ohne Weiteres einen Heimfall der Lehngüter nothwendig bedinge, läßt sich allerdings aus dem heutigen gemeinen Lehnrechte nicht mit Sicherheit deduciren. Der Vermögensverfall, in welchen der Lehnmann vielleicht ganz unverschuldeter Weise gerathen ist, kann weder als eigentliche Felonie aufgefaßt, noch unter die als quasi Felonie bezeichneten Indignitätsfälle gerechnet werden. Der Lehnsherr muß es sich gefallen lassen, daß die veräußerlichen und für alle Schulden des Vasallen haftenden Lehngüter in den Concurs gezogen werden; im Uebrigen bleiben seine Rechte ungekränkt. Die ihm gebührenden Realpräſtationen ruhen auf den Gütern und sind von den besitzenden Gläubigern abzuführen, und den persönlichen Treuverpflichtungen, zu deren Erfüllung der vermögenslose Vasall, welcher nach der Verordnung vom 16. Juli 1602 in Ansehung des sogenannten beneficium competentiae vor anderen Schuldnern Nichts voraus hat, etwa außer Stande sein möchte, würde ein auf Kosten der Masse aufzustellender Lehnsträger vollkommen genügen können. Vom lehnrechtlichen Standpuncte aus würde daher Nichts im Wege stehen, während des Concurses die Lehnsverbindung selbst als fortdauernd zu betrachten, so daß der Cridar, wenn er unerwarteter Weise die dazu erforderlichen Mittel erlangte, durch Befriedigung sämmtlicher Creditoren auf Grund des bis dahin unverlornen dominium utile, also ohne neue Belehnung wieder in den Besitz seines Lehngutes kommen würde. Diese Eventualität, daß der Gemeinschuldner selbst durch vollständigen Abtrag aller Schul-

den, oder durch vergleichsweise Abfindung aller Gläubiger, das Debitwesen auflöst, tritt indessen verhältnißmäßig selten ein, und es würde daher nicht befremden können, wenn dieselbe bei der Ausbildung des particularrechtlichen Satzes, daß Lehngüter durch entstehende Concurse aus der Familie fallen, unberücksichtigt geblieben wäre und nur die rechtliche Bedeutung einer Resolutivbedingung, unter welcher der Vasall das mit der Concurseröffnung als aufgegeben zu betrachtende dominium utile wieder erlangen könnte, behalten hätte. In der That finden sich schon vor dem Landesgrundsetzlichen Erbvergleiche urkundliche Belege für die Annahme, daß man den mit dem Erlöschen aller agnatischen Rechte verbundenen Heimfall ohne Weiteres als eine Rechtswirkung des stattgehabten Concurses aufgefaßt habe. In einem Lehnbrirfe vom Jahre 1707, der auszugsweise in die zur Kämmererschen Bibliothek (Kl. 28) gehörende handschriftliche Urkundensammlung des Kanzlers v. Klein sub Nr. 27 aufgenommen ist, heißt es, das Gut Klenz sei durch erlittenen Concurs caduc geworden und dem Lehnsherrn wieder heimgefallen; in anderen Documenten wird der Untergang der agnatischen Rechte einfach darauf zurückgeführt, daß das Gut „in Concurs gerathen," oder „in wirklichen Concurs gekommen sei."

(cfr. subadj. Q. R. zur Anlage VIII. ad [37] der Oberappellationsgerichts-Acten ex annis 1703, 1705.

6. — Mit einem ähnlichen unbestimmt allgemeinen Ausdrucke bezeichnet nun auch der §. 457 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleiches das fragliche Herkommen, um aus demselben die rechtliche Schlußfolgerung abzuleiten, daß die Gläubiger oder Besitzer solcher zum Concurse gekommenen Lehngüter verpflichtet seien, entweder das Lehen darüber zu suchen und also einen Lehnträger zu bestellen, oder aber selbige gegen ihre vollständige Befriedigung dem Lehnsherrn zu überlassen. Die mit großem Aufwande von Scharfsinn behandelte Streitfrage, ob unter den „Gläubigern und Besitzern" das Corps der Concursgläubiger, oder die Adjudicatare, von denen weiter unten die Rede sein wird, gemeint seien, ist insofern müssig, als die

zur Wahrung der lehnsherrlichen Rechte hier gegebenen Bestimmungen auf beide Voraussetzungen passen. Nach den oben entwickelten lehnrechtlichen Grundsätzen haben die Creditoren während der Dauer des Concurses zur Aufrechthaltung des persönlichen Lehnsverbandes, in welchen sie selbst als bloße Pfandbesitzer nicht eintreten, statt des vermögenslosen Vasallen einen geeigneten Lehnsträger aufzustellen. Zieht der Lehnsherr es vor, von dem kraft des Obereigenthums ihm zustehenden Reluitionsrechte Gebrauch zu machen, so sind sie unzweifelhaft gehalten, ihm gegen volle Befriedigung die Lehngüter abzutreten, welche damit alsdann der lehnsherrlichen Disposition anheimfallen, also als Neulehen anderweit verliehen werden können. Ist diese zweite Alternative nicht gewählt worden, so bleiben dieselben beiden Auskunftsmittel zur Ausgleichung der sich gegenüberstehenden Rechte auch für den Fall offen, daß der Concurs durch eine Adjudication beendigt wird. Die Adjudicatare müssen entweder das Lehen selbst nehmen und zur Erfüllung der damit verbundenen persönlichen Pflichten einen lehnfähigen Provasallen aufstellen, oder es sich gefallen lassen, daß der Lehnsherr, welcher, so weit es ohne Verletzung materieller Rechte geschehen kann, eine Mehrheit von Vasallen, unter denen sich möglicher Weise noch dazu lehnunfähige Personen befinden, nicht anzunehmen braucht, das Gut gegen Erstattung der Zuschlagssumme und der darauf verwendeten Kosten behalte. Die so allgemein hingestellte und in ihrem vollen Umfange mit den Grundsätzen des Lehnrechts vereinbarliche Regel soll nun aber eine im §. 458 angegebene Ausnahme erleiden, welche auf einer lehnsherrlichen Concession beruht. Das einleitende Wort „jedoch" deutet an, daß eine Beschränkung des vorher Gesagten beabsichtigt werde, und diese besteht nun darin, daß der Lehnsherr während der Dauer des Concurses auf die Continuität der Lehnsverbindung verzichtet und mithin die Aufstellung eines Lehnsträgers, dessen Belehnung der Debitmasse Kosten verursachen würde, nicht verlangt. Er verspricht daher über das Lehen nicht eher zu disponiren, d. h. eine Belehnung nicht eher vornehmen zu wollen, als bis der Concurs (durch Adjudication) geendigt, oder die

Güter durch öffentlichen Verkauf aus der Debitmasse veräußert worden. Die Concursgläubiger haben also nur noch höchstens den lehnsherrlichen Consens zum Pfandbesitze zu erwirken, oder das Gut gegen volle Befriedigung der freien lehnsherrlichen Disposition zu überlassen.

7. — Es ist oben bereits zugegeben worden, daß, wenn unser Particularrecht den Verlust des Lehens für den Vasallen und die successionsberechtigten Mitglieder seiner Familie schlechthin als eine rechtliche Folge des Concurses angesehen wissen will, und diesen Satz ohne genauere Angabe desjenigen Actes des Concursprocesses, an welchen jene Rechtswirkung geknüpft sein soll, in Form einer generell gefaßten Parömie aufstellt, es dennoch gestattet sein könnte, daß der Cridar und mithin auch der während der Dauer des Concurses zur Succession gelangende Lehnsfolger durch gänzliche Abfindung sämmtlicher Creditoren ohne neue Belehnung in das alte Lehnsverhältniß wieder einträte, weil durch eine solche, vom Gemeinschuldner oder dessen Rechtsnachfolger selbst bewirkte Auflösung des Debitwesens der Concurs rückgängig gemacht wird. Ob für diese theoretisch zulässige Limitation des streitigen Herkommens ein nachweisbares Gewohnheitsrecht bestehe, kann hier ununtersucht bleiben, weil, wie sich hernach zeigen wird, bei dem jetzt zu entscheidenden Rechtsfalle darauf Nichts ankommt. So viel steht fest, daß das Lehngut mindestens dann aus der Familie gefallen ist, und von agnatischen Näherrechten keine Rede mehr sein kann, wenn in Folge des ausgebrochenen Concurses von den Gläubigern und dem Lehnsherrn anderweit definitiv über das **dominium utile** verfügt worden ist, ehe der Cridar oder Einer seiner Lehnsfolger dasselbe reluirt hat.

8. — Durch die hieher gehörenden urkundlichen Zeugnisse, welche der Implorat in seinen Exceptionalen gegenwärtiger Instanz sehr sorgfältig gesammelt hat, werden zunächst folgende Sätze unmittelbar bewiesen:

a. Beim Verkaufe des Gutes aus dem Concurse haben die Lehnsfolger des Cridars kein Einstandsrecht. Daher braucht ihnen auch der Vorkauf nicht angeboten zu werden. Zwar sind

in einzelnen, verhältnißmäßig seltenen Fällen, von denen der Implorant in subadj. P. P. zur Anlage VI. ad [49] act. cit. 36 zusammengestellt und der Implorat, S. 425 ff. seiner jetzigen Exceptionalen, noch zwei andere angeführt hat, Lehnsproclame ergangen; allein darin ist nur eine, vorsichtigen Käufern mitunter erwünschte, an sich überflüssige Cautel zu befinden, wie dies in dem Proclam P. P. Nr. 22 ausdrücklich mit den Worten hervorgehoben ist, daß diese öffentlichen Ladungen nur zur Sicherung des Käufers gegen etwanige an das, durch einen Concurs aus der Familie gekommene, Lehngut wider Erwarten zu machende Lehnsansprüche gereichen sollten, und wie dies noch entschiedener in dem vom Imploraten aus Stück 42 des Jahrganges 1752 der Mecklenburgischen Anzeigen entnommenen Proclame dahin ausgesprochen wird, daß das Gut zwar durch einen Concurs und eine publicirte Distributionsurthel aus der bisherigen Vasallenfamilie getreten und dem Lehnsherrn heimgefallen sei, folglich auf keinerlei Weise mehr revocirt werden könne, dennoch aber zur Beruhigung des gegenwärtigen Besitzers ein Termin zur Anmeldung von Lehnsansprüchen anberahmt werde. Nach Ausweis eben jener Mecklenburgischen Anzeigen sind in den bei Weitem meisten Concursfällen gar keine Lehnsproclame erlassen worden. Daß der Käufer eines feudalen Concursgutes die eben in dem Concurse untergegangenen Rechte der Lehnsfolger des Cridars nicht zu fürchten habe, besagen der Lehnsbrief vom Jahre 1647 in subadj. N. ad Anlage VIII. cit. und das Rescript vom 1748 in subadj. H. H. ad Anlage VI. cit. Der Implorat hat S. 429 ff. der jetzigen Exceptionalen den einfachen Inhalt dieser beiden Urkunden richtig entwickelt, und die gezwungene, unzulässige Deutung des Imploranten überzeugend widerlegt.

b. Die Verordnung über das creditorische Gleichgebotsrecht vom 27. December 1776 weiß von keinem agnatischen Vorkaufsrechte, und doch hätte solches Recht, wenn es bestände, hier nicht übergangen werden können, weil dessen Verhältniß zu dem jus idem offerendi der Gläubiger zu bestimmen gewesen wäre.

c. Kaufen Agnaten des Cridars aus dem Concurse, so wird das Lehn ein Neulehen. Hiefür ist beigebracht ein Landesherrliches Attest von 1621, ein Lehnbrief von 1627 und ein Herzogliches Rescript von 1679, **subadj. L. M. O. ad** Anlage **VIII. cit.** Es versteht sich von selbst, daß der Lehnsherr, um dessen Rechte es sich hier allein handelt, das Lehen aus Gnade als ein **feudum jure antiqui concessum** verleihen kann.

d. Gegen die Adjudicatare **ex lege d. d.** 29. Januar 1646 finden Näherrechte der Lehnsfolger des Cridars nicht Statt, wenn der Lehnsherr nicht das **jus reluendi** aus besonderer Gunst vorbehalten hat. Hierüber waren Landesherren und Stände schon um die Mitte des 17. Jahrhunderts einig.

cfr. die Deduction der ständischen Beschwerden von 1654 ad 3 (Spalding III. S. 233) und die darauf ergangene Fürstliche Resolution (ibidem S. 259).

Die hier in Rede stehenden **addictiones ex concursu** sind in ihren Wirkungen ganz verschieden von den gewöhnlichen Executions-Adjudicaten, welche bis auf die Verordnung vom 3. April 1834 ertheilt wurden und das Reluitionsrecht des Schuldners nicht ausschlossen; sie bestehen darin, daß in Ermangelung eines annehmbaren Käufers das Concursgut den in Gemäßheit des Prioritätserkenntnisses nach der Gutstaxe zur Hebung kommenden Gläubigern an Zahlungsstatt zugeschlagen wird, und haben die volle Bedeutung einer definitiven concursmäßigen Veräußerung, so daß die nach der Taxe ausfallenden Creditoren alle Ansprüche an das Gut verlieren, die Adjudicatare aber statt des bisherigen Pfandbesitzes einen Rechtstitel auf Belehnung, also auf den Erwerb des lehnbaren Eigenthums gewinnen. Der in Joh. Georg Kämmerer's bekannter Inauguraldissertation vertheidigten Ansicht, wonach die Addiction nur interimistischen Besitz und das Recht des Fruchtgenusses gewährte, steht der klar ausgesprochene Zweck der ganzen Maßregel, durch welche der Concurs, wie die Verordnung vom 6. Februar 1644 bereits bestimmt hatte, seine Endschaft erreichen soll, durchaus entgegen; auch bezeichnet das Rescript

vom 26. Juni 1773 (Rötger Repertorium I. S. 353) die Adjudicatare geradezu als die wahren gemeinschaftlichen Eigenthümer, und wenn ihnen gleichwohl zur Pflicht gemacht ist, sich auch fernerhin um einen Käufer höchlich zu bemühen, so ist wegen dieser, der Kämmererschen Deutung anscheinend günstigen Weisung von anderen Schriftstellern mit Recht auf das, auch von den Landesgerichten stets als **ratio legis** anerkannte, Interesse des Lehnsherrn, statt der mehreren einen einzigen lehnsfähigen Vasallen wiederzuerhalten, verwiesen worden. Das Rescript vom 21. Mai 1776 (Wismarsche Gesetzsammlung III. 123) schärft wiederholt ein, daß trotz der geschehenen Addiction der Verkauf der Concursgüter auf alle Weise zu befördern sei und bedient sich dabei allerdings des Ausdrucks, daß die Adjudication nur einstweiligen Besitz und Genuß gewähre; da es indessen hier lediglich darauf ankam, die Pflicht der Adjudicatare zum Verkaufe besonders stark zu betonen, so ist auf die nach den oben erwähnten Landtagsverhandlungen als unrichtig sich ausweisende Bezeichnung ihres Rechtes kein Gewicht zu legen. Jedenfalls — und das ist es, worauf es hier ankommt — sagt dies Rescript so wenig, wie die dafür sonst noch vom Imploranten angeführten Verordnungen, daß den Agnaten des Cridars nach der Concursadjudication noch ein Reluitionsrecht, und gar nach dem späteren Verkaufe der adjudicirten Güter ein Retractrecht zustehe. Die in den Rationen zum vorigen Erkenntnisse, als dunkel bezeichnete Stelle des Lehnsedicts vom 26. Sept. 1749 Nr. 5 erklärt sich dadurch, daß dort nicht speciell von Concursgläubigern, sondern ganz allgemein von allen denen, welche **jure crediti** Lehngüter besitzen, die Rede ist, in dem einen der hier zu unterscheidenden Hauptfälle, nämlich im Concurse, haben die Agnaten das Reluitionsrecht nur, wenn es ihnen ausdrücklich vorbehalten ist; in dem anderen, nämlich gegen Pfandbesitzer außerhalb eines Concurses, namentlich auch gegen gewöhnliche Executions-Adjudicatare, ist ihnen jedes Recht ohne Vorbehalt offen. Die übrigen hieher bezogenen Verordnungen betreffen entweder, wie die in Anlage **VI. cit. pag.** 323 aufgeführten vom 10. Januar 1811 (Rötger a. a. O. I. 352) vom

15. April 1778, 19. December 1783, 22. December 1789 (Wismarsche Sammlung III., 152, 171, 211) Adjudicationen außerhalb eines Concurses, oder reden, wie die Resolution vom 19. December 1650 und die Verordnungen vom 24. März 1696 und vom 13. März 1775 (Wismarsche Sammlung a. a. O., S. 474, 498) nur von dem nicht den Agnaten als solchen, sondern, jedem Erwerber des Hauptgutes zustehenden und auch bei Allodialgütern anwendbaren Rechte, abhanden gekommene Pertinenzen zu reuniren. Auch die Urkunden, in welchen der Implorant eine Bestätigung seiner Ansicht findet, beweisen nicht für ihn, indem sie entweder, wie die Unteranlagen **BB.**, **KK. OO.** zur Anlage **VI. cit.**, so wie die aus **Ungnaden amoenitates juris II.**, 9, 30 und Klüver, Beschreibung des Herzogthums Mecklenburg **I.**, 92 entnommenen Fälle überall nicht auf einen Concurs, oder mindestens nicht auf einen Concurs des Vasallen (Unteranlage **AA. ibid.**) sich beziehen, oder, wie die von **Tornow**, **tractatus de feudis I.**, 655 mitgetheilte Sentenz, Particularadjudicate, also das Reunionsrecht betreffen. Dagegen fehlt es nicht an Urkunden (**cfr.** Unteranlagen **JJ. ex anno** 1703 und **DD. ex anno** 1748), welche den Agnaten des Cridars die Einlösung addicirter Concursgüter absprechen, wenn auch mitunter (**cfr.** Unteranlage **LL.**) auswärtige Urtheilsverfasser das ihnen unbekannte Mecklenburgische Recht zum Beweise verstellt haben mögen.

9. — Diese Sätze finden ihre Erklärung und tiefere Begründung darin, daß das in Concurs gerathene Lehngut jedenfalls nur mit der ganzen vom Cridar darauf gelegten Schuldenlast der Familie erhalten werden kann, während es bei der Veräußerung aus dem Concurse schuldenfrei auf den Erwerber übergeht. Wollte nun noch ein Lehnsfolger des Cridars auf Grund der alten Lehnsverbindung das Gut gegen Erstattung des Kaufpreises oder der Zuschlagssumme retrahiren oder revociren, so würde er dasselbe ebenfalls ohne jene Familienschuld, deren Uebernahme wesentliche Bedingung der Fortdauer des alten Lehnsverhältnisses ist, erhalten. Deshalb ist nunmehr jeder **retractus gentilicius** und jede auf der Succession in

dem bisherigen Lehnsnexus beruhende Revocation unmöglich geworden. Aus demselben Grunde erwirbt derjenige Agnat, welcher aus dem Concurse kauft, das Gut nicht als Familiengut, sondern als Neulehen. Diese urkundlich nachgewiesenen Sätze erscheinen also bei näherer Betrachtung als Consequenzen eines durch die Verschuldbarkeit der Mecklenburgischen Lehngüter bedingten Princips, welches, allgemein ausgedrückt, so zu formuliren ist:

In Concurs gerathene Lehngüter können möglicher Weise von dem Cridar oder einem successionsberechtigten Mitgliede seiner Familie während der Dauer des Concursverfahrens aus den Händen der Creditoren reluirt, nicht aber von irgend einem Lehnsfolger retrahirt oder revocirt werden, wenn in ordnungsmäßiger Durchführung des Verfahrens über das **dominium utile** anderweit verfügt worden ist.

Eine solche Verfügung liegt in dem concursmäßigen Verkauf und in der beim Mangel eines annehmbaren Käufers stattfindenden Adjudication, endlich aber auch darin, daß der Lehnsherr zum Zwecke einer Consolidation die Gläubiger abfindet.

10. — Von der Literatur über die bisher erörterte Streitfrage sagen die Rationen zum vorigen Urtheile mit Recht, daß sie das Bild der größten Widersprüche darbieten und nicht geeignet gewesen sei, der Rechtsanwendung eine sichere Grundlage zu verschaffen. Die Zahl der Schriftsteller, welche für das Mecklenburgische Lehnrecht als Autoritäten angesehen werden können und als solche einen bestimmenden Einfluß auf die Praxis geübt haben, ist nicht sehr groß, und die angehenden jungen Gelehrten, welche sich in meistens ganz unreifen Inauguraldissertationen an dieser schwierigen Rechtsmaterie versucht haben, können durch ihre Namen zur Feststellung eines zweifelhaften Rechtssatzes Nichts beitragen. Auch bei diesem Stande der Literatur ist indeß die vom Imploraten in den Exceptionalen der jetzigen Instanz Seite 16 ff. und Anlage A. ausgeführte Dogmengeschichte über die Rechte der Agnaten im Concurse nicht ohne eine für ihn günstige Ausbeute geblieben. Aus derselben ergiebt sich, daß zur Zeit Tornow's allerdings

der Satz streitig war, ob die den Gläubigern addicirten Lehen von den Agnaten revocirt werden können. Obwohl Tornow selbst sich, de feud. Mecklenburg. Th. II. S. 92 ff., nicht bestimmt ausspricht, so neigt er sich doch unverkennbar zu der verneinenden Ansicht hin, wie insbesondere durch eine Vergleichung mit Th. I. S. 297 bestätigt wird. Von besonderer Wichtigkeit ist die Art, in welcher nach seiner Relation (am erstangeführten Orte) die Vertheidiger der verneinenden Ansicht sich auf die der Distributionssentenz gewöhnlich hinzugefügte Clausel berufen, daß die creditores sich um einen lehnsfähigen Käufer umzusehen haben. Denn diese Anweisung an die Gläubiger hat, in Verbindung mit der weiteren von Tornow als unzweifelhaft bezeugten Thatsache, daß das Lehen in der Hand des Käufers zum Neulehen werde, nur dann eine Bedeutung für die aufgeworfene Frage, wenn sich die Gläubiger beim Suchen des Käufers in keiner Weise um die Agnaten zu bekümmern haben. Es sind aber alle namhaften Mecklenburgischen Feudisten des 17. und 18. Jahrhunderts, insbesondere Cothmann (consultationes II. 75), der Kanzler von Klein (in seinem ungedruckten Commentar über das Mecklenburgische Lehnrecht), Beselin (praes. Matth. Stein. — de reluitione feudi oppignorati pag. 34, 35), der vom Imploranten Seite 184 der Anlage VI. cit. als der berühmteste hervorgehoben Möller (distinctiones feudales, cap. 20 dist. 3 §. VIII. Nr. 4), sodann Krüger (praes. Mantzel, de revocatione feudi Mecklenburg.), Mecklenburg (de adjudicatione feudi Mecklenburg. jus agnatorum extinguente, pag. 14, 16, 18) und Martini (Lehnsverjährung, S. 183) wenigstens darüber einverstanden, daß bei der concursmäßigen Veräußerung eines Lehngutes durch Addiction oder Verkauf die agnatischen Vorkaufs- und Näherrechte ausgeschlossen seien. In der theoretischen Begründung dieses richtigen Satzes gingen die Ansichten freilich sehr auseinander und waren durchweg ungenügend oder geradezu verkehrt, wie dies bei der in der damaligen Zeit noch so geringen Einsicht in das wahre Wesen der deutschrechtlichen Institute kaum anders zu erwarten ist. Zu einer eingehenden Untersuchung über die Frage, ob die

bei Beendigung des Concurses nicht mehr vorhandenen agnatischen Näherrechte schon durch die Concurseröffnung, oder wie sonst erloschen seien, fehlte ohnehin das practische Bedürfniß, so lange nicht der Fall vorlag, daß Agnaten den Versuch machten, ein Lehngut aus dem Concurse zu reluiren, und dabei von Seiten der Creditoren oder des Lehnsherrn auf Widerspruch stießen. Die neueren einheimischen Juristen, Krüger (Betrachtungen über die Declarator=Verordnung), von Winterfeld (Retract), von Kamptz (Civilproceß, §. 158 S. 294 der zweiten Ausgabe) A. D. Weber (rechtliches Erachten in Sachen von Lehsten gegen Graf von Bassewitz) und Eschenbach (in den Beilagen zu den Rostocker Nachrichten an verschiedenen Stellen, insbesondere Jahrgänge 1821 S. 164, und 1823 S. 27, 50, 60, 101, 134) halten jenen Satz nicht mehr für bestreitbar, und weisen zum Theil sehr bestimmt darauf hin, daß schon der Ausbruch des Concurses jene agnatischen Rechte aufhebe, freilich ohne dafür andere Gründe, als die positiven gesetzlichen Zeugnisse beizubringen.

11. — Die bisherige Untersuchung über den Sinn des im §. 457 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs bezeugten Herkommens hat zugleich ergeben, daß dasselbe eine lehn= und concursrechtliche Folge davon sei, daß die Mecklenburgischen Lehngüter veräußerlich sind und für alle Schulden des Vasallen haften. Daraus folgt weiter, daß der Beweis einer selbständigen Entstehung jenes Herkommens und eines zeitlichen Anfangspunctes für dasselbe weder erbracht, noch verlangt werden könne, daß aber der vom Imploranten angeregte Zweifel, ob dasselbe um die Mitte des 17. Jahrhunderts, also zu einer Zeit, in welcher die Voraussetzungen seiner Geltung längst vorhanden waren, bereits bestanden habe, ganz unbegründet sei. Demnach unterliegt es keinem Bedenken, die Resultate vorstehender Untersuchung auf die actenmäßige, in dem historischen Theile der Rationen zum vorigen Erkenntnisse nachgewiesene Thatsache anzuwenden, daß über T. im Jahre 1657, über P. und Q. bereits zehn Jahre früher der formelle Concurs ausgebrochen ist. Beide Concurse sind zu Ende gegangen und haben zu einer anderweitigen Disposition über das Lehnseigenthum geführt; es

ist also weder den damaligen Gemeinschuldnern, noch deren Lehnsfolgern gelungen, die gedachten Güter der Familie zu erhalten. P. und Q. sind nach Durchführung des Prioritätsverfahrens von den, in Gemäßheit der Taxe zur Perception gelangenden Creditoren (ohne Zweifel nach vorgängiger Adjudication) an den Major Gottfried v. P. für 12,000 Gulden in der Form eines antichretischen Pfandvertrages, jedoch mit der Befugniß, die Güter um den erwähnten Preis als Erbgüter zu behalten und die Belehnung darüber zu suchen, aus dem Concurse, der damit auch seine formelle Endschaft erreichte, veräußert worden. Gottfried v. P. ist gestorben, ehe er das Lehnseigenthum, welches ihm nach den oben entwickelten Grundsätzen jedenfalls nur als ein neu erworbenes hätte übertragen zu werden brauchen, erlangte, und seine Schwestern haben sodann das mit der brüderlichen Erbschaft ihnen überkommene Pfandrecht dem Herzog Friedrich abgetreten, welcher von seinem regierenden Bruder die Belehnung unter Ertheilung einer beschränkten Allodialität erhalten hat. Der Concurs über T. ist allerdings, so viel ersichtlich, über das Stadium des Prioritätserkenntnisses nicht hinausgekommen. Während der Dauer des Verfahrens war der zweite Sohn des Cridars, der eben genannte Gottfried v. P., welcher alle jetzt streitigen Güter in seiner Hand unter verschiedenen Rechtstiteln wieder zusammenbrachte, mit Herzoglicher Bewilligung im Besitze auch dieses Lehngutes geblieben; aber er besaß dasselbe nicht als Lehnsmann, sondern jure crediti wegen der von ihm und seinen Schwestern profitirten bona materna. Er hatte die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, und war so wenig geneigt, die vom Vater und Großvater contrahirten Schulden zu übernehmen, daß er vielmehr selbst mit der eben beregten Forderung in die Reihe der Concursgläubiger eintrat. So kam das Gut bei seinem Tode an seine Schwestern und Erbinnen, und diese überließen dasselbe, unter Cession ihrer Forderung, mit den übrigen Gütern zugleich dem Herzog Friedrich, welcher alsdann über den ganzen Gütercomplex durch den regierenden Herzog das, nur durch den Vorbehalt l e h n s h e r r l i c h e r Rechte beschränkte jus allodii erwarb. Daß der Lehnsherr zu

dieser Disposition der v. P.'schen Familie gegenüber berechtigt war, leidet nach der ganzen obigen Ausführung nicht den mindesten Zweifel. Die Abfindung der übrigen T.'er Gläubiger war von nun an, wie der Vergleich vom 12. August 1684 ausdrücklich anerkennt, lediglich Sache des neuen Erwerbers, welcher die weitere Abwickelung des Debitwesens übernahm, ohne den Lehnsfolgern der Cridare, welche als Schuldner nicht eingetreten waren, über die Art der Ausführung Rechenschaft schuldig zu sein. Somit sind denn also die drei bisher genannten Güter aus der Familie v. P. gefallen, und es kann daher kein Agnat oder Schildvetter der damaligen Gemeinschuldner, Ulrich und Adam v. P., aus der früheren Lehnsverbindung noch Näherrechte oder eine Revocationsbefugniß gegen den Besitzer dieser Güter ableiten. Beruft sich nun der Implorant eben auf jenes frühere, durch die erwähnten Concurse zerstörte Lehnsverhältniß und hat ohnehin eine spätere Wiedererwerbung des lehnbaren Eigenthums durch ein Mitglied der v. P.'schen Familie bei keinem der drei Güter stattgefunden, so ist rücksichtlich derselben die Abweisung der Klage gerechtfertigt.

12. — Das vierte Gut G. ist durch Verjährung aus der Familie gefallen, und dies würde auch von den drei anderen gelten, wenn dieselben nicht schon durch die entstandenen Concurse verloren gegangen wären. Im gemeinen Lehnrechte gilt bekanntlich neben der förmlichen Errichtung eines Neulehens durch Investitur von Seiten des bisherigen unbeschränkten Eigenthümers und neben der Succession der lehnsfähigen Nachkommen des ersten Vasallen

II. Feud. 33 pr.

die Ersitzung für eine selbständige dritte Erwerbsart des lehnbaren Eigenthums. Die Feudisten sind darüber einig, daß dabei die Römisch-Canonische Usucapionslehre Anwendung finde; nur daß die Meisten gegen Pätz (Lehnrecht §. 66) unter Verweisung auf

II Feud. 26, 4 (5).

annehmen, es sei selbst beim Vorhandensein eines, übrigens entbehrlichen, justus titulus stets ein unangefochtener Besitz von 30jähriger Dauer erforderlich.

Weber, Handbuch des Lehnrechts, Bd. IV, §. 203.

Böhmer, principia juris feudalis, §. 203.

Eichhorn, deutsches Privatrecht, §. 211.

Möller, distinctiones feudales, cap. VIII. dist. II.

Die **bona fides**, welche in keinem Momente der ganzen Verjährungszeit fehlen darf, kann nur darin bestehen, daß der Besitzer sich für den Lehnseigenthümer hält, und demgemäß die persönlichen Pflichten eines Vasallen in eigenem Namen erfüllt, daß er also, wie es in dem zuletzt citirten Lehntexte heißt,

rem ut feudum possedit et servitium domino exhibuit.

Von dieser sogenannten acquisitiven Lehnsverjährung, welche die Investitur ganz entbehrlich machen und auch dem Lehnsherrn gegenüber das gar nicht verliehene **dominium utile** verschaffen soll, ist hier überall nicht die Rede. Die eigenthümlich Mecklenburgische Lehnsverjährung, welche ihre gesetzliche Anerkennung schon im Art. 29 der Reversalen von 1621 findet, hat lediglich den in der erläuternden Constitution vom 10. December 1768 deutlich ausgesprochenen Zweck, alle Ansprüche, welche die Lehnsfolger eines früheren Vasallen, als solche, zur Wiedererlangung eines anderweit verliehenen Lehngutes erheben könnten, gänzlich und für immer zu beseitigen. Dieses Institut ist nicht, wie jene in der Doctrin des gemeinen Lehnrechts ausgebildete acquisitive Lehnsverjährung, auf eine analoge Anwendung der Römischen Usucapionslehre gebaut, beruht vielmehr auf einer positiven Anerkennung und Erweiterung derjenigen Grundsätze, welche das ältere deutsche Recht über das Erlöschen dinglicher Näherrechte durch Zeitablauf aufstellt und welche für die eigentliche Retractsklage bis auf den heutigen Tag auch im gemeinen Rechte gelten. Vorausgesetzt wird dabei nur, daß der Acquirent einen formell tadellosen Besitztitel aufzuweisen im Stande sei, daß er also abgesehen von Erbgang oder Adjudication das allodiale Grundstück durch Auflassung von Seiten des wahren Eigenthümers, das feudale durch Verleihung von Seiten des Lehnsherrn erworben habe. Ist dies der Fall, so mag er immerhin wissen, daß andere Personen zu solchem Erwerbe des Gutes näher berechtigt, mithin befugt seien, ihn wieder abzutreiben: die Näher-

rechte erlöschen dennoch, wenn die Berechtigten von der formellrechtsbeständigen Veräußerung Kunde erhalten und dazu Jahr und Tag geschwiegen haben. Schon früh machte sich das Bedürfniß geltend, im Interesse der Sicherheit des Grundbesitzes neben dieses **tempus utile** mit unbestimmtem Anfange ein vom Momente der Auflassung oder Belehnung selbst zu berechnendes **tempus continuum** zu setzen, dessen Ablauf den Einwand der Unbekanntschaft mit der vorgegangenen Veränderung ausschlösse und somit allen derartigen Ansprüchen ein endliches Ziel setzte. Hiefür bot sich nach Reception des Römischen Rechtes die schon im Sachsenspiegel (Landrecht I. 29) vorkommende 30jährige Frist von selbst dar.

Vergl. Albrecht a. a. O. §. 13. S. 99 ff.

Diese für die Retractsklage der Lehnsfolger noch jetzt gemeinrechtlich geltenden Grundsätze werden in dieser Anwendung für das Mecklenburgische Lehnrecht dadurch wesentlich vereinfacht daß nach einem, in der Declarator-Verordnung vom 12. Februar 1802 bezeugten und bestätigten Herkommen bei allen Veräußerungen, welche zur Ausübung des agnatischen Näherrechtes Anlaß geben, alle Berechtigten durch Proclame zu einem bestimmten Termine geladen werden, in welchem sie bei Strafe sofort rechtskräftig werdender unwiderruflicher Präclusion ihre, demnächst binnen Jahresfrist zu realisirenden Ansprüche anzumelden haben. Die Verjährung der **actio revocatoria** beginnt freilich nach gemeinem Lehnrechte weder mit der Veräußerung, noch in dem Augenblicke, in welchem der einzelne Lehnsfolger davon Kunde erhält, sondern im Momente der Verstammung des Gutes auf ihn, und geht von da an erst in 30 Jahren zu Ende. Im gemeinen Lehnrechte gründet sich ja die Revocationsbefugniß darauf, daß die vom Lehnsfolger nicht bewilligte Veräußerung für ihn unverbindlich und daher seiner Succession unnachtheilig ist, so daß er sein Retractrecht ungebraucht lassen und durch einfachen Widerspruch gegen die Veräußerung sich sein Lehnfolgerecht conserviren kann. In Mecklenburg steht ihm bei der Veräußerlichkeit der hiesigen Lehne ein solches Widerspruchsrecht anerkanntermaßen nicht zu und damit verliert denn die **revocatio ex capite**

successionis die Bedeutung eines vom Näherrechte unabhängigen Institutes von selbst. Die Stände haben sich der darauf bezüglichen („**quasi ex orco** stammenden") Lehre der Feudisten beharrlich und mit Erfolg widersetzt und so ist denn die Revocation im hiesigen Particularrechte dem Retracte ganz untergeordnet worden und nur dann noch anwendlich geblieben, wenn den Lehnsfolgern nicht durch die vorschriftsmäßige öffentliche Ladung Gelegenheit gegeben worden ist, ihr Näherrecht früher geltend zu machen. Mit dem Näherrechte ist stets auch die Revocation ausgeschlossen. Dies Alles wird durch die Declarator-Verordnung vom 12. Februar 1802, deren declaratorische Bedeutung für das ältere Recht Implorant selbst nicht bezweifelt,

cfr. S. 232 der Anlage VI, cit.

mit den klarsten Worten bezeugt.

cfr. (Krüger) Betrachtungen, S. 204 ff.

Hiernach war es ganz consequent, wenn das hiesige Particularrecht die, vom Momente der Lehnsübertragung zu berechnende 30jährige Verjährung, wodurch nach gemeinem Rechte die Retractsklage aller Lehnsfolger, auch derjenigen, welche von der geschehenen Veräußerung bis dahin Nichts erfahren haben, unbedingt ausgeschlossen wird, auf die **actio revocatoria** mitbezog.

13. — Daß die im Artikel 29 der Reversalen von 1621 anerkannte Lehnsverjährung in dem so eben geschilderten Zusammenhange mit dem älteren deutschen Rechte stehe und nur in diesem Zusammenhange richtig verstanden werden könne, wird durch die erläuternde Constitution vom 2. December 1768 außer Zweifel gestellt. Diese Verordnung hat den ausgesprochenen Zweck, zur Abschneidung vorgekommener Mißdeutungen alle Erfordernisse und alle Rechtswirkungen der Lehnsverjährung vollständig aufzuzählen. Vorausgesetzt wird hier ein rechtlicher, d. h. auf Lehnsherrlicher Verleihung beruhender Besitz des Lehngutes, welches demnächst auch, ohne daß die Verjährung unterbrochen wird, durch Verzicht auf das Obereigenthum in ein Allodium verwandelt werden kann. Dieser Besitz muß dreißig Jahre lang ununterbrochen und ruhig, d. h. ohne rechtliche Anfechtung von Seiten der auszuschließenden Lehnsfolger des

früheren Vasallen bestanden haben. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so kann das Gut nach Ablauf der Zeit weder **ex capite successionis**, noch **protimiseos et retractus** unter keinerlei Vorwand von irgend einem Agnaten des vorigen Lehnsmannes rechtsbeständig weiter in Anspruch genommen werden. In den gesperrt gedruckten Worten liegt das Verbot, neben den ausdrücklich hervorgehobenen noch andere Requisite für diese Verjährung aufzustellen. In Uebereinstimmung mit dem älteren deutschen Rechte muß daher zu den unbeachtlichen Vorwänden unter Anderem auch die Behauptung gerechnet werden, der Besitzer habe gewußt, daß noch successionsberechtigte Mitglieder der Familie des vorigen Lehnsmannes vorhanden seien. Haben dieselben dreißig Jahre lang geschwiegen, oder sich in so langer Zeit um das Familiengut gar nicht gekümmert (**cfr.** die Declarator-Verordnung vom 12. Februar 1802, §. VIII.), so wird daraus eben geschlossen, daß sie ihren Rechten entsagt haben wollen, oder darauf gar keinen Werth legen. Endlich wird im Gesetze noch besonders hervorgehoben, daß die Verjährung auch für die Lehnsfolger, welche erst nach Ablauf derselben zur Succession gelangt sein würden, unbedingte Geltung habe.

14. — Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergiebt ohne Weiteres die Richtigkeit der im Eingange der rat. 12 aufgestellten Behauptung. G. war der Wittwe des Dieterich v. P., welcher dasselbe als ein selbständiges Gut aus der väterlichen Erbschaft zu Lehen erhalten hatte, im Jahre 1647 für ihre Forderungen adjudicirt worden. Sie erlangte dadurch einen, der Reluition unterworfenen Pfandbesitz, den sie als solchen, d. h. mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Reluition für die v. P.'sche Familie, im folgenden Jahre dem Kaufmann E. abtrat. Von der Wittwe und Erbin desselben erwarb im Jahre 1661 der regierende Herzog dieses Pfandrecht und gab bald darauf dem Gottfried v. P., der von dem vorbehaltenen Einlösungsrechte Gebrauch machte, das Gut als Lehen zurück. Die contractliche Reluitionsclausel war hiemit erledigt. Bei der Wiedererwerbung hatte Gottfried v. P. die von ihm

gezahlte Einlösungssumme dergestalt als Lehnsschuld constituirt, daß, wenn er ohne männliche Leibeserben stürbe, die Lehnsfolger seinen Allodialerben die gleiche Summe schuldig sein sollten. Der vorgesehene Fall trat ein: er starb ohne alle Descendenz und wurde von zwei Schwestern beerbt, die nun für jene ihnen zugefallene Lehnsforderung G. in Besitz behielten. Ohne durch die Lehnsfolger befriedigt zu werden, überließen sie auch dieses Gut mit den drei anderen zugleich dem Herzoge Friederich gegen wirkliche Contentirung. Die Belehnung, welche dieser Erwerber, wie oben schon bemerkt wurde, über alle von den Geschwistern v. P. ihm abgetretenen Güter unter Ertheilung einer beschränkten Allodialität erlangte, verschaffte ihm einen, nach vorstehender Ausführung zur Lehnsverjährung völlig geeigneten Besitz. Diese Verjährung war beim Beginne des gegenwärtigen Rechtsstreites längst beendigt. Denn damals hatten Herzog Friederich und seine Erben die streitigen Güter weit über dreißig Jahre auf Grund des angegebenen Erwerbstitels ununterbrochen, und seit dem Vergleiche von 1684 auch ohne gerichtliche Ansprache von Seiten der v. P.'schen Familie besessen.

15. — Die dritte Beschwerde, durch welche der Implorant für den, nunmehr eingetretenen Fall seines Unterliegens in der Hauptsache mindestens die Compensation der Kosten des ganzen Rechtsstreites erreichen will, ist ebenfalls unbegründet. Daß das vorige Urtheil auf ganz neuen, unerhörten, weder in jure noch in facto fundirten Principien beruhe, ist, wie sich nun gezeigt hat, eine nicht zu rechtfertigende Behauptung; die Schwierigkeit und Verwickelung der Sache aber, welche nicht erst durch die Vertheidigung des Beklagten hineingetragen ist, sondern in den gegebenen factischen und rechtlichen Verhältnissen selbst lag und daher von den Klägern vorgesehen werden mußte, reicht nicht aus, von der Regel: **victum in expensarum causa victori esse condemnandum,**

l. 13, §. 6, C. de judiciis (3, 1)

abzugehen. Dies erkennen auch die Verfasser des Bonner Erachtens an. Wenn dieselben aber gleichwohl die Beschwerde theilweise begründet finden, und wenigstens die Kosten der

Appellationsinstanz compensirt wissen wollen, so kann ihnen darin nicht beigepflichtet werden, weil der dafür geltend gemachte Grund, daß die Kläger das erste Urtheil für sich haben, nach der constanten Praxis der hiesigen Landesgerichte und des Oberappellationsgerichts nicht für triftig gilt.

16. — Rücksichtlich der Kosten dieser Instanz fallen die für deren Compensation von der Bonner Juristenfacultät angeführten Gründe, daß nämlich das vorige Urtheil im Kostenpuncte einer theilweisen Reformation bedürfe und überdies in der Hauptsache nicht durchweg zutreffend motivirt sei, als unrichtig hinweg; und der Implorat muß in Folge der reinen Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses

cfr. Land- und Hofgerichtsordnung II. 35, 36, §. 3. 37, §. 11.
Güstrowsche Canzleiordnung II., 36, 37, §. 3,

auch in diese Kosten verurtheilt werden.

26.

Ueber die rechtliche Natur der Bannrechte. We. 562.

In den Systemen des deutschen Privatrechts wurden die Bannrechte bisher regelmäßig als ein besonderes Institut des Immobiliarsachenrechts aufgefaßt und den Servituten verglichen[1]). Demgemäß gab man dem Berechtigten nicht nur eine dingliche der **actio confessoria** nachgebildete Klage, sondern räumte ihm auch die entsprechenden possessorischen Rechtsmittel ein.[2]) Dieser practischen Consequenzen wegen vergaß man die übrigens sehr nahe liegenden theoretischen Bedenken, welche einen der neuesten Theoretiker veranlaßt haben, die Bannrechte unter die Obligationen zu stellen.[3]) Die Befugniß eines Gewerb-

---

[1]) Vergl. statt Vieler Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 278. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 185.

[2]) Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht II., Heft 2, S. 68.

[3]) Gerber, System des deutschen Privatrechts, §. 156, Anm. 3. Mit den von Ortloff (Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts, §. 232 ff.) zwischen den „Rechten an Sachen" und den „persönlichen Forderungen" eingeschobenen „dinglichen Forderungsrechten", zu denen auch die Bannrechte gehören sollen, ist offenbar nichts gewonnen,

treibenden, den Bewohnern eines gewissen Bezirks zu untersagen, daß sie die Producte dieses Gewerbes bei einem Andern als bei ihm anschaffen oder bereiten lassen, beschränkt allerdings das Grundeigenthum der dem Banne unterworfenen Personen in keiner Weise und ist überdies auch gegen die nichtangesessenen Einwohner des Bannbezirks gerichtet, erscheint mithin äußerlich als ein Untersagungsrecht, dem eine rein persönliche, durch das Domicil bedingte Verbindlichkeit gegenüber steht. Nichts desto weniger haben diese „in der Gegenwart feindlich behandelten" Bannrechte doch für das System des heutigen Rechtes, aus welchem die Feindschaft der Theorie sie bis jetzt nicht ganz hat streichen können, ein anderes und tieferes Interesse, als ihnen vom Standpuncte des römischen Obligationenrechtes aus, bloß wegen der Besonderheit, daß die verpflichteten Subjecte einfach durch ein räumliches Verhältniß bestimmt werden, abzugewinnen ist. Bei dieser unhistorischen und für die Rechtsanwendung unbefriedigenden Auffassung wird gänzlich übersehen, daß jenes Untersagungsrecht sich eben auf einen Bann, d. h. auf eine (im Gegensatze zu der privatrechtlichen Gewere) publicistische Herrschaft gründet, welche der Berechtigte innerhalb eines gewissen Gebietes entweder vermöge seiner obrigkeitlichen Gewalt sich selbst beilegt oder durch Privilegium erwirbt, oder endlich auf unvordenkliches Bestehen zurückführt. Das Bannrecht selbst versetzt die demselben Unterworfenen noch überall nicht in ein concretes Schuldverhältniß zu dem Berechtigten, sie treten vielmehr zu ihm in eine privatrechtliche Obligation, welche freilich gar nichts Besonderes an sich hat, sondern als ein gewöhnlicher Kauf- oder Miethvertrag erscheint, erst dann, wenn sie sich veranlaßt finden, seine gewerbliche Thätigkeit in Anspruch zu nehmen, der Bann aber, welcher sie verhindert, beim Abschlusse der

---

und wenn man, wie neuerdings wieder von Walter (System des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 491 ff.) geschehen ist, die Bannrechte unter den „Rechtsverhältnissen besonderer Stände" bei Gelegenheit der „bürgerlichen Nahrung" abhandelt, so ist damit über den rechtlichen Inhalt dieses Institutes nichts gesagt, abgesehen davon, daß die zahlreichen gutsherrlichen Bannrechte jedenfalls nicht zu bürgerlicher Nahrung dienen.

betreffenden Verträge den anderen Contrahenten nach Belieben zu wählen, ist ein jenseits der Grenzen des Privatrechts liegendes Herrschaftsrecht, und dieses hat seine Geltung innerhalb eines geschlossenen geographischen Gebietes, welches als das Substrat der Berechtigung im Sinne des öffentlichen Rechtes gedacht werden muß.

Diese Grundsätze sind in folgendem Rechtsfalle zur Anwendung gekommen.

So lange die Güter W. und R. einen Herrn hatten, waren die Gutseinwohner von R. angehalten worden, ihr Korn auf der herrschaftlichen Mühle zu W. mahlen zu lassen. Im Jahre 1840 überließ der Baron v. M. das Gut R. seinem Sohne und bestimmte bei der Abtretung: „R. mahlt wie bisher nach W." Mehrere Jahre später verkaufte der jüngere v. M. das Gut R. „mit allen damit verbundenen Rechten und Gerechtigkeiten, aber auch mit allen darauf haftenden Lasten und Verpflichtungen" an den jetzigen Beklagten, der nun nicht mehr in W. mahlen ließ und überhaupt nichts von einem bestehenden Zwangsrechte wissen wollte. Die Gutsherrschaft zu W. klagte daher gegen ihn und forderte, daß er 1. für sich und seine Gutseinwohner die Mahlpflichtigkeit des Gutes R. nach der Mühle in W. anerkenne, also selbst dort mahle und seine Gutsleute mahlen lasse und 2. die durch seine bisherige Nichtanerkennung dem Kläger erwachsenen Schäden **salva liquidatione** ersetze.

Die Justiz-Canzlei zu Güstrow wies diese Klage angebrachtermaßen ab, weil aus dem Bannrechte nur eine persönliche auf Schadensersatz gerichtete und durch die Angabe bestimmter einzelner Contraventionsfälle bedingte Klage stattfinde. Beide Theile appellirten, und das Oberappellationsgericht erkannte unterm 3. Juli 1854 dahin, daß die Klage, so weit sie die Mahlpflichtigkeit der Gutsherrschaft zu R. und den von dieser zu leistenden Schadensersatz betreffe, gänzlich abgewiesen, dagegen der libellirte Mahlzwang in so weit für rechtsbegründet erklärt werde, als die übrigen Einwohner von R. ver-

pflichtet seien, ihr Korn auf keiner anderen Mühle als der zu W. mahlen zu lassen.

Gründe.

1. — Durch das vorige Erkenntniß ist die erhobene Klage deshalb angebrachtermaßen abgewiesen, weil die römische actio confessoria — welche Klage hier als angestellt betrachtet werden müsse, da das petitum principaliter die Anerkennung des Rechts beziele — auf Bannrechte der fraglichen Art nicht anwendlich sei, im Uebrigen aber der bloße Vorbehalt demnächstiger Liquidation des Schadens den rechtlichen Erfordernissen einer nur persönlichen Schadensklage (wie solche aus dem Bannrechte allein stattfinde) nicht entspreche.

2. — Dieser Ansicht steht jedoch eine hinlänglich befestigte — namentlich auch vom Oberappellationsgerichte bisher befolgte — Praxis entgegen, welche die deutschen Bannrechte nach Analogie der Servituten behandelt und eine actio (quasi) confessoria auf Anerkennung derselben giebt, daneben auch eine quasi possessio annimmt und zum Schutze der letzteren possessorische Interdicte einräumt. Zur Rechtfertigung dieser Praxis dienen folgende Erwägungen. Wenn gleich die Bannrechte, ihrer Natur nach, das Grundeigenthum nicht beschränken oder belasten, sondern die Bewohner des Banndistricts ohne Rücksicht auf Grundbesitz treffen, so haben sie doch insofern einen realen Character, als sie innerhalb eines örtlichen Bezirks eine gewisse Herrschaft verleihen und zwar ohne specielle obligatorische Verpflichtung der Personen, über welche sich diese Herrschaft erstreckt. In Folge dieser realen Eigenschaft tritt das dringende practische Bedürfniß hervor, nicht bloß Schadensklagen wegen Verletzung des Bannrechts, sondern auch ein praejudicium über die Existenz des fraglichen Rechts zuzulassen.

3. — — — — — — — — — — —

4. — In Betreff der Frage, ob die erhobene Klage in ihrer erwähnten principalen Richtung begründet sei, unterliegt der Klagegrund einer verschiedenen Beurtheilung, je nachdem die Anerkennung des libellirten Mahlzwanges dem Gutsherrn von N.

A. für seine Person — also rücksichtlich des Korns, welches er zum Bedarf seiner eigenen Wirthschaft mahlen läßt —,

B. für seine Hintersassen,

angesonnen wird. Es ist nämlich, wie bereits angedeutet worden, davon auszugehen, daß das Bannrecht des Mahlzwanges weder als Servitut, noch als sonstige Beschränkung des Grundeigenthums rechtlich aufzufassen ist, und daß mithin von einer dinglichen Belastung des Gutes R. (im privatrechtlichen Sinne) hier überhaupt nicht die Rede sein kann. Bann — im Unterschied von Gewere — ist der technische Ausdruck für eine obrigkeitliche Gewalt, die durch das **jus publicum** bestimmt wird. Daher reicht der Vertragswille von Privatpersonen, als solcher, nicht aus, Bannrechte mit voller Wirkung zu schaffen; es gehört dazu vielmehr ein obrigkeitliches Privilegium, dessen Stelle freilich das Herkommen oder ein unvordenklicher Besitz vertreten kann. So sind namentlich in Mecklenburg „nach dem Herkommen in der Regel alle gutsbehörige Einwohner zur Gutsmühle gegen landübliche Metzen zu mahlen verbunden."

cfr. v. Kamptz, Handbuch des Mecklenburgischen Civilrechts, §. 93, in specie, das daselbst (Note 2) abgedruckte Zeugniß des Ritterschaftlichen Engern Ausschusses vom 24. Mai 1788.

v. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts, Bd. 5, S. 152.

Ein Gutsherr mag daher seine Untergebenen an seine eigene oder an eine fremde Gutsmühle bannen; in welchem letzteren Falle solcher gutsherrliche Act zugleich für seine Singularsuccessoren bindend ist, so daß diese dem gültig constituirten Mahlzwange nicht hindernd entgegentreten dürfen. Verpflichtet aber der Gutsherr sich selbst, auf einer fremden Mühle mahlen zu lassen, so wirkt diese Willensbestimmung immer nur obligatorisch für den Contrahenten und diejenigen Gutsnachfolger, welche zugleich seine Erben sind. Die Gutsherrschaft als solche, mithin auch die Singularsuccessoren, welche privatrechtlich an seine Handlungen nicht gebunden sind, zu bannen, dazu würde eine höhere Autorität (**major potestas**) gehören. Hiermit

stimmt auch überein, daß im Art. 32 der Reversalen von 1621, bei Sanctionirung der Regel, daß die von der Ritterschaft (und Städten) auf ihrem Grund und Boden unbehindert Mühlen bauen mögen, nur **die** Ausnahme hervorgehoben wird: „wenn nicht **die** **Unterthanen** auf gewissen Mühlen zu mahlen verbunden seien." Es liegt nämlich dabei sichtlich die Voraussetzung zum Grunde, daß Fälle, in denen der Gutsherr selbst fremdem Mahlzwange unterworfen sei, nicht wohl vorkommen könnten.

cfr. H. **Brockes** select. observat. forens. obs. 133.

6. Nach Angabe des Klägers haben die beiden Güter W. und R. bis zum Jahre 1840 einen und denselben Herrn gehabt; durch diesen sind die Gutseinwohner zu R. mahlpflichtig zur Mühle in W. gehalten worden, und zwar — wie Kläger **in replicis pag.** 15 ausdrücklich bemerkt — lediglich auf Grund des persönlichen Subjectionsverhältnisses der Gutsangehörigen zum Eigenthümer des Gutes. Als im Jahre 1840 der Erblandmarschall v. M. der damalige Besitzer jener beiden Güter das eine derselben an seinen Sohn F. v. M. abtrat, stipulirte er dabei unter Anderem:

„R. mahlt wie bisher nach W."

Waren nun „bisher" nur die gutsbehörigen Einwohner von R. nach W. mahlpflichtig gewesen, so scheint es nahe zu liegen, daß auch nur diese — mit der Bezeichnung: „R." hier gemeint sein sollten. Jene Stipulation ginge demnach (mit anderen Worten) dahin:

die der Gutsherrschaft untergeordneten Bewohner von R. sollen — mit Einwilligung ihres neuen Gutsherrn — gehalten sein, die von dem früheren Eigenthümer der beiden Güter W. und R. getroffene Anordnung, hinsichtlich ihrer Mahlpflicht, nach wie vor zu befolgen.

7. Mag aber auch die übereinstimmende Absicht der Paciscenten weiter gegangen sein, und mag deshalb — wie Kläger behauptet — während der Besitzzeit des F. v. M. auf R. sowohl die **Gutsherrschaft** als auch die Gutseinwohnerschaft daselbst ihre Mahlpflichtigkeit nach W. ununterbrochen anerkannt

haben; immer bleibt so viel gewiß, daß Verträge, durch welche ein Mahlzwang constituirt werden soll, nicht ohne Weiteres ihre Wirkung über die Personen der Contrahenten und deren Erben hinaus erstrecken können.

8. — Mittelst Contracts vom 18. Juli 1849 hat der Baron F. v. M. sein Lehngut N. an den jetzigen Beklagten verkauft, und zwar wie es im §. 2 heißt:

mit allen auf dem Gute haftenden Lasten und Verpflichtungen, namentlich allen Landes- und Kreisschulden, den Parochial- und Kirchenabgaben und sonstigen Leistungen, mit etwanigen Servituten, Communion-Verhältnissen und Grenz-Verschiedenheiten.

Hierauf beruft sich Kläger, indem er hinzufügt, daß zu den Servituten und Reallasten, welche auf den Käufer, als den nunmehr Verpflichteten, contractlich übergegangen seien, auch die Mahlpflichtigkeit des Gutes N. nach der Mühle zu W. gehört habe und noch gehöre. Die Unhaltbarkeit dieser letzteren Behauptung geht aus den bisherigen Erörterungen zur Genüge hervor.

9. — In ihrer ersten Richtung (**rat. 4 A.**) entbehrt mithin die erhobene Klage alles Rechtsgrundes.

Dagegen erscheint sie in der zweiten Richtung (**rat. 4 B.**) als ausreichend fundirt und erwiesen. Daß namentlich dem §. 6 der Abtretungsurkunde vom 16. Juli 1840 (Anlage **II. ad** [9] **act. prior.**) mindestens derjenige Inhalt zuzugestehen sei, welcher oben (**rat. 6 in fin.**) näher dargelegt ist, ergiebt sich von selbst. Danach sollte das Subjections-Verhältniß der N.'er Einwohner, welches diese verpflichtete, nach W. zu mahlen, der W.'er Gutsherrschaft erhalten bleiben. Indem der Erwerber des Gutes N. dies einräumte, erkannte er, als künftiger Gutsherr, das Bestehen des fraglichen Bannrechts an. Diese seine gutsherrliche Handlung verpflichtete auch den Singularsuccessor. Da nun Beklagter dessen ungeachtet die Mahlpflichtigkeit seiner Hintersassen bestritten hat, so konnte die präjudicielle Frage hinsichtlich der Existenz dieses Mahlzwanges nur mit ihm, als Ortsobrigkeit im Wege Rechtens ausgemacht werden.

10. — Was endlich den mit Vorbehalt der Liquidation geltend gemachten Entschädigungsanspruch des Klägers betrifft, so fällt derselbe insoweit von selbst weg, als die Hauptklage abgewiesen werden muß. Aber auch hinsichtlich des Ausmahlens der Hintersassen des Beklagten erscheint die beantragte Verurtheilung des letzteren zum Schadensersatze nicht statthaft, da die Nichtanerkennung des fraglichen Mahlzwanges allein zur Begründung dieser Verbindlichkeit nicht ausreicht.

11. — — — — — — — — — — —

Aus Veranlassung des von beiden Theilen ergriffenen Rechtsmittels der Restitution führte das Oberappellationsgericht in dem bestätigenden Erkenntnisse vom 24. April 1856 noch aus:

Von den Beschwerden des Klägers betrifft die erste die in dem vorigen Erkenntnisse enthaltene reine Abweisung der Klage, so weit diese die Mahlpflichtigkeit des Gutherrn von R. zum Gegenstande hat. Kläger stellt dem in den Rationen des vorigen Erkenntnisses hierüber Gesagten die Behauptung entgegen, daß das Institut der Bannrechte durch Doctrin und Praxis eine weiter gehende Entwickelung erhalten habe, so daß das Bannrecht jetzt alle in dem betreffenden Bezirke wohnenden Personen ohne Rücksicht auf deren Gerichtsstand und persönliches Verhältniß ergreife und in unbeschränkter Weise auch durch bloßen Vertrag constituirt werden könne. Im vorliegenden Falle kommt es vorzugsweise auf den letzten Satz an, und dessen Richtigkeit kann nicht zugegeben werden. Daß die Rechtsentwickelung in neuerer Zeit darauf hingegangen sei, Institute dieser Art, deren wesentlicher Inhalt in einer Beschränkung der persönlichen Freiheit besteht, zu begünstigen und deren Constituirung zu erleichtern, muß durchaus in Abrede gestellt werden. Es genügt in dieser Beziehung, darauf hinzuweisen, daß die Bannrechte in einer ganzen Reihe deutscher Staaten theils geradezu aufgehoben, theils für ablösbar erklärt worden sind. Fehlt es in Mecklenburg nun auch an derartigen Gesetzen, und muß man die Guts- und sonstigen Obrigkeiten daher auch jetzt noch zur Constituirung von Bannrechten in Bezug auf ihre Unter-

gebenen befugt achten, so ist es doch eine davon ganz verschiedene Frage, ob ein Gutsbesitzer sich mit Rechtseffect für seine Singularsuccessoren durch bloßen Vertrag einem Bannrechte unterwerfen könne. Während das Bannrecht sich in den Fällen der ersteren Art als ein Ausfluß des obrigkeitlichen Verbietungsrechtes darstellt, würde einem Vertrage der letzteren Art eine Wirksamkeit über die Person des Contrahirenden und seiner Erben hinaus nur dann beigelegt werden können, wenn darin die Constituirung einer, auf eine Unterlassung gerichteten Servitut, oder einer Reallast gefunden werden könnte, oder wenn sich behaupten ließe, daß die für die Statthaftigkeit derartiger Rechte gezogenen Grenzen durch die neuere Rechtsentwickelung überhaupt hinweggeräumt seien. Letzteres ist entschieden nicht der Fall, und daß die Bannrechte sich von den Servituten und den Reallasten wesentlich unterscheiden, darf eben so wenig bezweifelt werden.

Vergl. Walter, System des deutschen Privatrechts, §. 493.

Es bedarf nach dem Vorgesagten keines näheren Eingehens auf die Ausführung des Klägers, daß bei Abschließung der Abtretungsacte vom 16. Juli 1840 die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, den Mahlzwang auch für den Hof R. und dessen Bewohner einzuführen.

— — — — — — — — — — — —

27.

Die von einem Erbpächter gültig bestellte Hypothek erlischt gemeinrechtlich durch die Abmeierung des Erbpächters. Da. 266/1854.

Im Jahre 1802 war ein auf dem Gute T. neu errichteter Kathen nebst zugelegtem Garten einem gewissen N. für ein Einstandsgeld von 300 Thlrn. und einen jährlichen Canon von 24 Thlrn. von der dortigen Gutsherrschaft in Erbpacht gegeben worden. Der landesherrlich bestätigte Grundbrief bestimmte unter Anderem, daß der Erbpächter sein Recht nicht

bloß auf seine Erben und Nachkommen transferire, sondern dasselbe auch verpfänden, veräußern und überlassen dürfe, letzteres jedoch nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Gutsherrschaft, welcher das Vorkaufsrecht vorbehalten und außerdem das Abmeierungsrecht zugestanden wurde, wenn der Canon 3 Jahre lang rückständig bleiben sollte. Später wurde diese Büdnerei in zwei Theile zerlegt und die eine Hälfte von dem damaligen Besitzer mit gutsherrlichem Consense an K. verkauft, der zur Bestreitung des auf 250 Thlr. N⅔ festgesetzten Preises 200 Thlr. N⅔ von den Kindern des verstorbenen Hauswirthes D. entlieh und dafür das Kaufobject durch gerichtliche Verschreibung verpfändete. Im Jahre 1850 wurde er nach vorgängiger Kündigung auf das Kapital und einen Zinsrückstand von den Pfandgläubigern belangt und gleichzeitig von der Gutsherrschaft die Privationsklage wider ihn angestellt, da er seit 3 Jahren den Kanon nicht bezahlt hatte. Beide Processe endeten mit seiner Verurtheilung und hatten die Eröffnung eines Concurses zur Folge, welcher indessen wegen fehlender Masse alsbald wieder sistirt werden mußte. Auch die D.'schen Minorennen waren als Liquidanten aufgetreten und leer ausgegangen, weshalb sie sich veranlaßt fanden, nunmehr gegen die Gutsherrschaft das Pfandrecht geltend zu machen und klagend darauf anzutragen, daß dieselbe verurtheilt werde, entweder das Kapital von 200 Thlrn. nebst rückständigen Zinsen zu zahlen oder die verpfändete Büdnerei **cum fructibus perceptis et percipiendis** herauszugeben.

Die Justiz-Canzlei zu Schwerin wies die Klage ab und das Oberappellationsgericht bestätigte dieses Urtheil am 2. Januar 1856 aus folgenden Gründen:

1. Für die Emphyteuse wird die unter den Parteien streitige Rechtsfrage in

l. 31 D. de pignoribus (20. 1).

dahin entschieden, daß das vom Emphyteuta bestellte Pfandrecht erlösche, sobald der **dominus** das Gut, von dem eine gewisse Zeit hindurch der Canon rückständig geblieben sei, vermöge der für solchen Fall ihm contractlich zustehenden Befugniß eingezogen

habe. Nun ist es zwar richtig und heut zu Tage allgemein anerkannt, daß das Römische Institut der Emphyteuse in Deutschland nur eine geringe Verbreitung gefunden hat und daß die darauf bezüglichen positiven Rechtsbestimmungen nicht ohne Weiteres auf die, unter den verschiedensten Namen und Gestaltungen vorkommenden bäuerlichen Erbleihen angewendet werden dürfen, wenn nicht der Leihebrief oder das zur Ergänzung desselben bestimmte Particularrecht ausdrücklich auf die recipirten fremden Rechte verweis't,

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 258;

allein der oben erwähnte Ausspruch eines Quellenschriftstellers ist gleichwohl für den vorliegenden Fall entscheidend, weil die dort gemachten speciellen Voraussetzungen hier sämmtlich gegeben sind und die zu Grunde liegenden allgemeinen Principien nicht dem positiv Römischen Rechte angehören, sondern auch für alle Arten der deutschen Erbleihe gelten.

2. — Das neueste Römische Recht räumt dem Emphyteuta kraft allgemeiner Rechtsregel auch ohne besondere Vereinbarung die Befugniß ein, unter Vorbehalt des dem Eigenthümer zugeschriebenen Vorkaufsrechtes zu veräußern und zu verpfänden, ermächtiget auch andererseits den **dominus**, ihn zu entsetzen, wenn er drei Jahre lang den Canon unbezahlt läßt.

ll. 2, 3. C. de jure emphyteutico (4, 66).

Dies alles versteht sich bei deutschen Erbleihen freilich nicht von selbst, ist aber für den vorliegenden Fall ausdrücklich verabredet. Der Landesherrlich bestätigte Grundbrief vom Jahre 1802 — Anlage 3 **ad [1] Canc.** — verleihet dem Erbpächter im §. 1 das Recht, die ihm zu nutzbarem Eigenthum gegebene Büdnerei an Andere zu verpfänden, zu veräußern und zu überlassen, Letzteres jedoch nur unter ausdrücklicher Genehmigung der Gutsherrschaft, welcher das Vorkaufsrecht reservirt ist. Nach §. 3 verliert der Erbpächter sein nutzbares Eigenthum und kann von der Gutsherrschaft sofort abgesetzt werden, wenn er den im §. 2 bedungenen Erbpachtzins drei Jahre hindurch schuldig bleibt. Im Jahre 1830 ist die eine Hälfte des, damals mit gutsherrlichem Consense in zwei Theile zerlegten und zur

einen Hälfte veräußerten Erbpachtgrundstückes vom Acquirenten durch eine gerichtlich beglaubigte Schuld und Pfandverschreibung, Anlage 1 ad [1] Canc., für diejenige Darlehnsforderung verpfändet, welche jetzt unbestritten den Litiscuranden des Klägers zusteht; ehe jedoch dies Pfandrecht realisirt wurde, war bereits der im §. 3 des Erbpachtcontracts vorgesehene Privationsfall eingetreten. Das sind die Voraussetzungen, unter denen der Römische Jurist in der citirten Pandektenstelle die Entscheidung giebt:

si vectigale non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse.

3 — Dieser Ausspruch beruht auf der einfachen Betrachtung, daß das emphyteutische Recht, obwohl es mit dinglichem Character ausgestattet und durch dingliche Klagen gegen jeden dritten Besitzer geschützt ist, doch nur durch eine zwischen dem **dominus** und dem Emphyteuta bestehende Obligation aufrecht erhalten wird. Der Leihevertrag, den der Grundeigenthümer bei Errichtung einer Emphyteuse aus eigener Bewegung oder in Folge einer letztwilligen Anordnung mit dem ersten Erwerber abschließt, ist für diesen nicht bloß, wie ein einfacher Kauf oder ein gewöhnliches Vermächtniß, der **titulus acquirendi** des dinglichen Rechts, sondern bildet nach Art eines Pachtvertrages die dauernde und fortwirkende Grundlage des ganzen Rechtsverhältnisses. Daher erheischen die bei der Veräußerlichkeit des dinglichen Rechts statthaften Singularsuccessionen den Eintritt des Successors in die zu Grunde liegende Obligation und erfordern mithin den, ohne genügende Veranlassung freilich nicht zu versagenden und bei Verkäufen nur durch Ausübung des Vorkaufsrechtes abzulehnenden Consens des Eigenthümers. Modificationen des ursprünglichen Contracts durch übereinstimmende Willenserklärung beider Theile sind nicht ausgeschlossen; wenn aber die ganze Obligation in Folge einer durch die Privatwillkür der Stifter oder durch allgemeine Rechtsregel ihr beigegebene Resolutivbedingung sich löst, so ist damit auch das constituirte **jus in re aliena** untergegangen. Hat der Emphyteuta ein Pfandrecht bestellt, so haftet der Werth des verkäuflichen emphy-

teutischen Rechtes für die zu sichernde Forderung; auch hat der Gläubiger die Pfandklage nicht bloß gegen den das Pfandobject besitzenden Verpfänder und dessen Erben, sondern auch gegen jeden Singularsuccessor, selbst gegen den Grundeigenthümer, wenn dieser durch irgend ein Rechtsgeschäft, z. B. durch Vorkauf, das verpfändete Recht erworben hat; die Geltendmachung der Privationsbefugniß bewirkt aber keine Succession in die Rechte des abgesetzten Emphyteuta, ist vielmehr eine dem Eigenthümer unter gewissen Voraussetzungen zustehende einseitige Aufhebung des Grundvertrages, welche den Untergang des emphyteutischen Rechtes zur unmittelbaren Folge haben muß und auf diesem Wege, nicht durch positiven Rückerwerb des jus in re, die Unbeschränktheit des Eigenthums herstellt. Mit dem Untergange des Pfandobjects erlischt das Pfandrecht von selbst.

l. 8. pr. D. quibus modis pignus (20, 6).

4. — Die bäuerlichen Erbleihen in Deutschland stimmen in dem so eben erörterten Puncte mit der Römischen Emphyteuse vollkommen überein. So verschieden an Umfang, Inhalt und Dauer die erblich verliehenen Nutzungsrechte auch sind, so bildet doch überall eine Obligation zwischen dem Verleiher und dem Beliehenen, von deren Fortbestande die Existenz des verliehenen Rechtes abhängt, und welche daher bei jeder Singularsuccession ausdrücklich oder stillschweigend erneuert werden muß, die Basis des Verhältnisses. Nicht selten ist die persönliche Verbindung durch den hinzutretenden Feudalnexus oder die Hörigkeit enger als das Römische Recht voraussetzt; diese, im vorliegenden Falle ohnehin nicht gegebenen, engeren Beziehungen zwischen einem Grundherrn und seinen Grundholden kommen hier indessen nicht in Betracht, da es sich nur um die davon unabhängige, dem Römischen Privationsrechte parallel gehende Abmeierungsbefugniß des Obereigenthümers handelt, welche hier wie dort die rechtliche Bedeutung hat, den Grundvertrag aufzuheben und damit das verliehene Recht zu vernichten.

5. — Die Argumente, mit welchem der Appellant die Anwendlichkeit der vorstehend entwickelten gemeinrechtlichen Grundsätze für den concreten Fall bestreitet, erweisen sich bei

näherer Prüfung als unhaltbar. Daß das Recht des Erbpächters am Gute im Grundbriefe ein wahres nutzbares Eigenthum genannt wird, ist ganz unerheblich, weil bekanntlich mit diesem Namen, in Folge eines mißverstandenen Sprachgebrauches der Glossatoren, alle an Umfang und Dauer über das Maaß des **usus fructus** hinausgehenden Nutzungsrechte bezeichnet zu werden pflegen, übrigens auch das umfassendste Recht dieser Art der oben erörterten Bedeutung des gutsherrlichen Abmeierungsrechtes keinen Abbruch thut. Eben so einflußlos ist es, daß der Grundbrief nicht dieses sogenannte **dominium utile**, sondern die vererbpachtete Büdnerei **c. p.** als Gegenstand der dem Erbpächter gestatteten Veräußerungen und Verpfändungen hinstellt; denn es ist offenbar nur damit gemeint, daß der Erbpächter und folglich auch der statt seiner verkaufende Pfandgläubiger eben das erbliche Büdnerrecht an dem Grundstücke in Gemäßheit des Grundbriefes und unbeschadet des gutsherrlichen Obereigenthums solle veräußern dürfen. So wird auch in der vorher erwähnten Pandektenstelle statt des emphyteutischen Rechtes der Kürze wegen geradezu der **fundus** selbst als verpfändet bezeichnet. Wenn aber der Appellant eine **replicatio doli** auf die Behauptung gründet, der Appellat habe, abgesehen von der generellen Verpfändungsbefugniß des Erbpächters die hier in Rede stehende Hypothekbestellung speciell bewilligt und müsse daher, nach Analogie der für solchen Fall im Lehnrechte geltenden Bestimmungen, das Recht des Pfandgläubigers unter allen Umständen und selbst nach erfolgter Abmeierung wider sich gelten lassen, so ist dies Vorbringen thatsächlich unrichtig, da die dafür angezogene Schuld- und Pfandverschreibung, Anlage 1 ad [1] Canc., von einer persönlichen Mitwirkung der damaligen Gutsherrschaft Nichts enthält, sondern nur ausweist, daß deren Patrimonialgericht den abgeschlossenen Vertrag ohne ausdrückliche Bestätigung des Inhalts zu Protocoll genommen und das darunter stehende Handzeichen des schreibensunkundigen Verpfänders beglaubigt hat. Der Umstand, daß der Appellant von der geschehenen Verpfändung wenigstens Kunde erhalten hat, ist für sich allein zur Begründung

der replicatio doli ganz ungenügend, da der Gutsherr keine Veranlassung hatte, zu widersprechen, eben so wenig aber verpflichtet war, den Pfandgläubiger auf das Bestehen und die rechtliche Bedeutung des Abmeierungsrechtes aufmerksam zu machen. Er konnte es dem Creditor überlassen, sich hierum selbst zu bekümmern und danach die ihm gewährte Realsicherheit zu bemessen. Völlig unzutreffend endlich ist die Hinweisung auf die, erst durch die Einführung des neueren Hypothekensystems vollständig befriedigten Bedürfnisse des Realcredits der Grundbesitzer. Ein Erbpächter, dessen Recht caduc wird, wenn der Canon eine Zeit lang rückständig geblieben ist, kann eben nur das so beschränkte Recht zu Pfande setzen, dem Gläubiger bleibt zur Erhaltung des Pfandobjects Nichts übrig als selbst darauf zu achten, daß der Canon regelmäßig bezahlt werde, und eventuell für den säumigen Erbpächter einstweilen zu zahlen, worauf die l. 31 cit. ausdrücklich hinweist. Daß im heutigen Particularrechte die grundbrieflich festgestellte Abmeierungsbefugniß des Obereigenthümers eine vom gemeinen Rechte abweichende Bedeutung habe, ist ganz unerfindlich. Aus den speciellen Bestimmungen der Domanial-Hypothekenordnung vom 2. Januar 1854 (cfr. §. 5, Nr. 3), welche das moderne Hypothekensystem zuerst vollständig bei Erbpachten angewendet hat, läßt sich jedenfalls nicht ohne Weiteres, dem klaren Inhalte des gemeinen Rechts entgegen, eine generelle Regel des Particularrechtes abstrahiren und auch auf gar nicht einmal intabulirte Pfandrechte an solchen Erbpachten, für welche das neuere Hypothekensystem noch nicht gilt, ausdehnen.

28.

Das Privilegium Fisci wegen contractlicher Forderungen beschränkt sich auf den Vorzug vor anderen Pfandrechten von gleichem Datum. Ca. 913/1852.

Ueber diesen Satz hat sich das Oberappellationsgericht in dem Bescheide vom 17. Decbr. 1852 also ausgesprochen:

Die l. 28 D. de jure fisci (49, 14), auf welche Stelle allein das von ihm, Appellanten, in Anspruch genommene

privilegium fisci gestützt werden kann, handelt von dem Falle, daß Jemand mit dem Fiscus einen Contract schließt, nachdem er bereits einem Anderen sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet hat, und entscheidet, daß unter den angegebenen Voraussetzungen die stillschweigende Generalhypothek des Fiscus in Bezug auf das nach seinem Contracte erworbene Vermögen (in re postea acquisita) den Vorzug haben soll. Nach allgemeinen Grundsätzen würden die beiden Forderungen aus diesem Vermögen pro rata zu befriedigen sein, da die Pfandrechte beider Gläubiger an demselben erst im Momente des Erwerbes durch den Schuldner zur Existenz kommen und daher einander hinsichtlich des Alters gleichstehen.

l. 7 §. 1. l. 11 §. 2 D. qui potiores (20, 4).

Puchta, Vorlesungen über das heutige Römische Recht. Bd. I. S. 453 ff.

Das in der l. 28 cit. anerkannte Privilegium des Fiscus wegen dessen contractlicher Forderungen besteht demnach in dem Vorzug vor anderen Pfandrechten von gleichem Datum.

Klenze in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 396 ff.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, Bd. I. S. 1001.

Daß das fragliche Privilegium lediglich den bezeichneten Inhalt habe, wird von Ulpian zwar nicht ausdrücklich gesagt, indirect jedoch zur Genüge durch die Art angedeutet, in welcher er die Worte „in re postea acquisita" voranstellt, indem sich der auf dieselben gelegte Nachdruck nur daraus erklären läßt, daß Ulpian das Privilegium des Fiscus in Bezug auf das übrige Vermögen für unbegründet erachtet. Demgemäß erkennt er in der l. 8. D. qui potiores (20, 4) den Vorzug des älteren einfachen Pfandrechts vor dem jüngeren Pfandrechte des Fiscus wegen dessen contractlicher Forderungen an, wie auch derselbe Rechtssatz von Scävola in der l. 21 pr. eod., so wie von dem Zeitgenossen Ulpian's, Caracalla, in der l. 2. C. de privilegio fisci (7. 73) bestätigt wird.

Da nach dem Vorstehenden das Privilegium des Fiscus

schon dem einfachen älteren Pfandrechte weicht, so kann um so weniger von dem Vorzuge des fraglichen fiscalischen Pfandrechts vor den, mit einem allgemeinen Privileg versehenen Pfandrechten die Rede sein. Daß der Fiscus mit dem hier zur Frage stehenden Privilegium insbesondere dem privilegium dotis nachstehen müsse, bestätiget die Nov. 97 cap. III., denn nach ausdrücklicher Bestimmung derselben soll die Dotalforderung nicht allein allen einfachen älteren Pfandrechten, sondern auch den jüngeren, wegen der versio in rem bevorzugten Pfandrechten vorgehen, und würde sich hiemit ein Vorrang der contractlichen Forderungen des Fiscus vor der Dotalforderung um so weniger vereinigen lassen, da Justinian als Motiv seiner Vorschrift die generellen Sätze hervorhebt: „minui autem ei dotem nullo sinimus modo,“ und „non etiam eas volumus et circa ipsam dotem periculum sustinere.“

29.

Bedingung für die Haftung der Stadtbuchbehörden nach §. 63 der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829. Der Inhalt des Stadtbuches gilt nur für den Nachweis dinglicher Rechte als unumstößlich und ändert nicht die darauf bezüglichen obligatorischen Rechtsverhältnisse. Sa. 959/1850.

Der Senator S. zu S., welcher mit dem Senator J. die mit der Führung des Stadtpfandbuches beauftragte Deputation bildete, fertigte im Jahre 1844 den zur Grundlage für das neue Stadtbuch bestimmten Auszug aus dem alten Stadtbuch an, übersah aber dabei eine der Wittwe H. zuständige im alten Stadtbuch auf das Haus des Weinhändlers S. intabulirte Forderung von 500 Thlrn. N⅔. Die Folge hievon war, daß diese Forderung nicht mit in das neue Stadtbuch übertragen wurde und die Wittwe H. in dem demnächst über das Vermögen des Weinhändlers S. ausgebrochenen Concurse, obgleich sie ihre

Forderung angemeldet, nichts erhielt, vielmehr dasjenige, was ohne jenes Versehen auf sie gefallen sein würde, an die Kaufleute H. und S. in H. kam, deren Forderungen in dem alten Stadtbuche unmittelbar nach der ihrigen gefolgt waren. Auch H. und S. empfingen jedoch auf ihr Liquidat von 1020 Thlrn. wegen Erschöpfung der Masse nur 670 Thlr. 27 ßl. N⅔. Da der hervorgehobene für die Wittwe H. ungünstige Ausgang mit dem Versehen der Stadtbuchbehörde in Zusammenhang stand, so zahlte der Magistrat zu S. der Ersteren das im Concurse ausgefallene Capital der 500 Thlr. N⅔ nebst 50 Thlr. rückständiger Zinsen, suchte sich aber wiederum dadurch schadlos zu halten, daß er nach dem inzwischen erfolgten Tode des Senators S. die Dienstcaution retinirte, welche für denselben dessen Vater, der Kaufmann S. durch Cession einer ihm gegen den Töpfermeister J. F. S. zustehenden Forderung von 3000 Thlrn. N⅔ bestellt hatte und veranlaßte dadurch, nachdem auch der Kaufmann S. gestorben war, die Erben des Letzteren zur Klage auf Rückcession der beregten Forderung von 3000 Thlrn. N⅔. In dem ersten Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 25. September 1850 wurden die Kläger auf Grund der Retentionseinrede, welche der Magistrat aus den dargelegten Thatsachen entnommen hatte, angebrachter Maßen abgewiesen. Auf Appellation der Kläger verurtheilte aber das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 14. October 1852 den beklagten Magistrat unbedingt nach Maßgabe des Klagegesuches aus folgenden Gründen:

1. — Der Kläger hat sich in der Klage bereit erklärt, alle wirklich begründeten Ansprüche des Magistrats aus der Amtsführung des verstorbenen Senators S. zu befriedigen. Unter diesen Umständen und da die Verpflichtung des Beklagten zu der libellirten Rückcession, falls er keine Ansprüche der obgedachten Art zu machen hatte, unzweifelhaft ist, war der Beklagte nicht befugt, die exceptio retentionis zu dem Zwecke vorzuschützen, um die Abweisung der Klage zu bewirken. Ihm lag vielmehr ob, seine desfallsigen Ansprüche geltend zu machen und mußte dann über den Bestand dieser Ansprüche, und folglich

eventuell, wenn sie für begründet zu achten, auch über die Summe, welche der Magistrat zu fordern und gegen deren Zahlung Kläger die fragliche Rückcession zu begehren befugt, erkannt werden. Dies hat der Beklagte hinsichtlich des Verfahrens gethan, welches der verstorbene Senator S. sich bei Uebertragung der Forderung der Wittwe H. in das neue Stadtpfandbuch hat zu Schulden kommen lassen, und ist folglich darüber zu entscheiden, ob und welche Ansprüche der Beklagte hieraus, nachdem er seiner Seits die Wittwe H. befriedigt hat, gegen die Erben des Senators S. zu machen berechtigt ist. Wenn dagegen der Beklagte in [10] act. Canc. noch anderweitiger Ansprüche erwähnt; so ist dies verspätet, und jedenfalls zu allgemein, als daß darauf hier Rücksicht genommen werden könnte.

2. — — — — — — — — — — —

3. Die rechtliche Beurtheilung des aus der H.'schen Angelegenheit von dem Beklagten abgeleiteten Regreßanspruchs hängt natürlich zunächst von der Frage ab, ob die verwittwete H. wegen des durch das gedachte Versehen herbeigeführten Vermögensverlustes den Magistrat mit Erfolg in Anspruch zu nehmen im Stande war, indem entgegengesetzten Falles, wenn also der Magistrat ohne desfallsige Verpflichtung die verwittwete H. befriedigte, selbstverständlich von einem Regreßanspruche nicht die Rede sein kann.

4. — In Beziehung auf jene Frage kann es nun freilich keinem Zweifel unterliegen, daß, abgesehen von der Bestimmung der Stadtbuchordnung §. 63 sub 2 a, eine Entschädigungsklage der Wittwe H. begründet sein würde; derselben steht jedoch die soeben erwähnte Bestimmung entgegen. Durch die Intabulation in das alte Stadtbuch hatte die Wittwe H. nämlich unbestritten ein dingliches Recht an dem Hause des Weinhändlers S. erworben, und eine absichtliche Tilgung dieses nach dem Normaltage existent gewordenen dinglichen Rechts hat überall nicht stattgefunden; vielmehr ist bei Uebertragung der auf das gedachte Haus eingetragenen Forderungen in das neue Stadtpfandbuch die H.'sche Forderung nur übersehen worden.

Wenn das dingliche Recht der verwittweten H. auch dadurch als erloschen anzusehen sein mag, so war die Aufhebung, welche nicht durch einen hierauf gerichteten Willensact der Interessenten oder der Stadtbuchbehörde, sondern lediglich durch ein Versehen herbeigeführt wurde, doch jedenfalls ohne allen Rechtsgrund geschehen, und es kann nicht füglich einem Zweifel unterliegen, daß die verwittwete H. eine Nachholung der Uebertragung unter Einräumung des alten Platzes begehren durfte. Denn der durch jenes Erlöschen dem Pfandschuldner und den nachstehenden Pfandgläubigern erwachsende, in der Befreiung des Hauses vom Pfandrechte und resp. in der Verbesserung der Priorität der nachstehenden Forderungen liegende Vermögensvortheil entbehrte ebenfalls, als bloße Folge eines Versehens der Stadtbuchbehörde, jedes Rechtsgrundes; der vorliegende Fall steht in der rechtlichen Beurtheilung demjenigen ganz gleich, in welchem in Folge eines Schreibfehlers der Inhalt des Stadtpfandbuchs etwas der Absicht der Interessenten Widersprechendes enthält und allen denjenigen, welche durch das fragliche Versehen bereichert sind, steht hinsichtlich ihrer Berufung auf das Stadtbuch die Bestimmung der Verordnung vom 16. Februar 1838 sub 14 entgegen. Dies gilt im vorliegenden Fall insbesondere hinsichtlich der Kaufleute H. u. S., deren Forderung im alten Stadtbuche hinter der H.'schen Forderung intabulirt war, und welche in Folge des fraglichen Versehens in die Stelle der Wittwe H. gerückt sind und im Concurse Dasjenige erhalten haben, was sonst dieser zugefallen sein würde. Für den subsidiarischen Anspruch an die Behörde fehlte es mithin an der Voraussetzung des §. 63 sub 2 a. der Stadtbuchordnung, indem, wenn wirklich durch das fragliche Versehen das dingliche Recht der Wittwe H. verletzt wurde, doch nicht nur das Versehen nachträglich berichtigt, sondern auch gegen die dadurch ohne Rechtsgrund bereicherten Kaufleute H. u. S. die Herausgabe des fraglichen Percipiendums erstritten werden konnte.

— — — — — — — — — — — — —

Auf weiteres Rechtsmittel des beklagten Magistrats bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 9. Juli 1855 sein

früheres Erkenntniß und gründete sich auf nachstehende Deductionen:

1. — Die allen neueren Hypothekengesetzen zu Grunde liegende Tendenz einer unerschütterlichen Befestigung des Realcredits fordert allerdings, daß den Hypothekenbüchern sowohl in Ansehung der Richtigkeit als der Vollständigkeit ihres Inhaltes unbedingt öffentlicher Glaube beigelegt werde, dieser, auch in der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 anerkannte und consequent durchgeführte Satz erhält indessen seine natürliche und durch die Rücksicht auf das materielle Recht gebotene Begrenzung dadurch, daß das Buch nur dingliche Rechte nachweist und deren actuellen Bestand in unumstößliche Gewißheit setzt, ohne die darauf Bezug habenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zu verändern. Während also z. B. derjenige, den die erste Rubrik als Eigenthümer bezeichnet, gegen jede Vindication schlechthin gesichert ist, kann ein Anderer auf Erlangung dieses Eigenthums einen obligatorischen Anspruch aus irgend welchem Rechtsgrunde haben. Solcher Anspruch ist alsdann direct, nämlich durch eine Klage auf Abtretung, realisirbar, wenn der eingetragene Eigenthümer selbst der Verpflichtete ist, und verwandelt sich entgegengesetzten Falles in eine Entschädigungsforderung. Dasselbe gilt für die dritte Rubrik. Ueber die zur Zeit bestehenden Specialhypotheken und deren Rangordnung giebt das Stadtbuch allein Auskunft, aber ein nicht eingetragener Gläubiger kann berechtigt sein, nicht bloß die Intabulation seiner Forderung vom Eigenthümer zu verlangen, sondern zugleich die Priorität vor anderen bereits intabulirten Creditoren zu begehren. Sind alle vorhandenen Interessenten persönlich verpflichtet, die nachträgliche Einräumung eines bevorzugten Pfandrechts geschehen zu lassen, so steht der Einschreibung desselben Nichts im Wege; sonst ist der Berechtigte auch hier wieder auf die Durchführung von Schadensansprüchen verwiesen.

2. — Eine sehr ergiebige Quelle obligatorischer Verbindlichkeiten, die zur Ausgleichung der durch die unbedingte **fides publica** der Stadtbücher entstehenden Rechtsverletzungen dienen,

entspringt aus dem gemeinrechtlichen Satze, daß derjenige, welcher auf Kosten eines Anderen ohne allen Rechtsgrund Etwas erworben hat, auf Erstattung belangt werden kann, soweit er bereichert ist.

argum. l. 23 D. de rebus creditis (12, 1).

Die Stadtbuchordnung deutet darauf §. 63 Nr. 2 a. ausdrücklich hin, indem sie hervorhebt, daß der durch Verschulden der Stadtbuchbehörde Verletzte sich zunächst an den zu halten habe, der durch das vorgefallene Versehen widerrechtlich bereichert worden sei. Demgemäß beschränkt das Gesetz selbst das im §. 47 aufgestellte Princip durch die Bestimmung, daß jeder erste Erwerber eines, durch unrichtige Eintragung entstandenen Realrechts den erlangten Vermögensvortheil dem Besserberechtigten herauszugeben verpflichtet sei, und sichert auch die späteren Erwerber nur dann gegen alle Anfechtungen, wenn ihnen böser Glaube nicht nachgewiesen werden kann. Diese im §. 10 für den Eigenthumserwerb ausdrücklich gegebene Vorschrift gilt natürlich eben so auch für die Hypothekenrechte, wie dies der §. 48 zeigt, dessen specieller Inhalt durch die Verordnung vom 16. Februar 1838 Nr. 12 nur deshalb aufgehoben worden ist, weil derselbe durch das ebendaselbst sub Nr. 7 Angeordnete überflüssig geworden war.

3. — Hienach war im vorliegenden Falle der verstorbene Senator S. nicht verbunden, die Wittwe H. für den durch seine Schuld herbeigeführten Ausfall ihrer Forderung im Concurse des Weinhändlers S. zu entschädigen, weil diese Gläubigerin vollen Ersatz von den, durch dasselbe Versehen um den ganzen Werth ihrer Forderung bereicherten Kaufleuten H. u. S. erhalten konnte. Obwohl nämlich die letztgedachten Creditoren im S.'schen Debitwesen nicht vollständig befriedigt worden sind und also nicht nur Nichts gewonnen, sondern noch einen Verlust erlitten haben, waren sie doch in Beziehung auf ihr jus in re, worauf es allein hier ankommt, in so fern bereichert, als ihre Forderung aus dem alten, nach dem Normaltage einstweilen fortgeführten Buche mit Uebergehung der, dort vor ihnen stehenden Wittwe H. übertragen und ihr Pfandrecht dadurch um den

ganzen Betrag der H.'schen Forderung besser geworden war. Wenn gleich sie ferner ihre partielle Befriedigung aus der Specialmasse des verpfändeten Grundstücks in Folge eines auf das neue Stadtbuch gebaueten rechtskräftigen Prioritätserkenntnisses erhalten haben werden, so verdanken sie doch das, somit allerdings vom Richter anerkannte, verbesserte Pfandrecht lediglich dem Umstande, daß der Senator S. bei Anfertigung des Postenzettels für das neue Stadtbuch die H.'sche Forderung versehentlich ausgelassen hatte. Hieraus erwuchs ihnen dann im Concurse der positive Vortheil, daß sie auf ihr Liquidat von 1020 Thlrn. wenigstens doch circa 670 Thlr. erhielten, während sonst nur circa 120 Thlr. für sie übrig sein würden. Hätte die Wittwe H. den vorgefallenen Irrthum entdeckt, ehe im neuen Buche anderweite Intabulationen hinzukamen, so würde sie die nachträgliche Einschaltung ihrer Forderung, ihrem Schuldner und den im alten Buche ihr nachstehenden Creditoren gegenüber, deren Widerspruch ohne allen Rechtsgrund gewesen wäre, unzweifelhaft haben durchsetzen können. Zur Geltendmachung ihres Anspruches würde es ihr auch an Zeit und Gelegenheit keinesweges gefehlt haben, da sie, nach der eigenen Angabe der Implorantin, schon vor dem Ausbruche des S.'schen Concurses, nämlich am 5. September 1846, von dem vorgefallenen Versehen Kenntniß erhalten hat. Waren freilich bei Entdeckung des Versehens, wie Implorant in gegenwärtiger Instanz verspätet behauptet, in die eröffnete dritte Rubrik des neuen Buches schon andere Gläubiger eingeschrieben, so brauchten diese, insofern sie ihre Hypothek in gutem Glauben, d. h. ohne Kenntniß von den begründeten Ansprüchen der Wittwe H., erworben hatten, die Berichtigung des Buches sich nicht gefallen zu lassen, weil sie den Werth ihres Pfandrechts schon zur Zeit der Erwerbung ohne Rücksicht auf das in's neue Buch nicht aufgenommene, ihnen unbekannte Intabulat berechnen durften und für sie also durch das mehrerwähnte Versehen der ursprüngliche Bestand des erworbenen dinglichen Rechtes nicht erweitert worden war. Gesetzt indessen, die Wittwe H. hätte solchen später hinzugekommenen Creditoren weichen müssen und deshalb

die Wiederherstellung ihrer übergangenen Hypothek nicht erreichen können, so würde sie doch, nach Lage der Sache, jedenfalls befugt gewesen sein, von H. u. S. dasjenige, was diese Liquidanten in Folge der ohne rechtliche Veranlassung verbesserten Priorität aus dem Erlöse des subhastirten Grundstücks erhalten hatten — und worauf die postlocirten Creditoren unter keinen Umständen Anspruch machen konnten — bis zum Belaufe ihrer Forderung an Capital und gleichstehenden Zinsenrückständen zu condiciren. Da nämlich, wie beide Parteien übereinstimmend angeben, die Masse bei der Forderung von H. u. S. brach, so hatten diese Gläubiger auf Kosten der Wittwe H. den oben erwähnten Vortheil gemacht; sie würden nur dann nicht bereichert, mithin der Condiction nicht ausgesetzt gewesen sein, wenn die Masse zu ihrer vollständigen Befriedigung nach dem ursprünglichen Prioritätsverhältnisse ausgereicht hätte. Da dieser Fall nicht vorliegt, so ist das ganze, als eine verspätete Duplik ohnehin schon aus formellen Gründen unbeachtliche, Vorbringen auch materiell unerheblich.

4. — Ganz unhaltbar ist die Aufstellung des Imploranten, daß der verstorbene Senator S. den Kaufleuten H. und S. regreßpflichtig gewesen sein würde, wenn sie die Wittwe H. hätten abfinden müssen. Der Ausfall den sie dadurch an ihrer Forderung erlitten haben würden, wäre ja überall nicht durch das von S. begangene Versehen, sondern lediglich durch die Insufficienz der Concursmasse entstanden. Es mag immerhin sein, daß sie sich von dem Prioritätsverhältnisse nicht genauer unterrichtet hatten und daher die bei der Distribution der Masse ihnen ausgezahlten Gelder bona fide angenommen haben, ohne an die Möglichkeit einer Condiction zu denken; daß sie aber lediglich durch diesen von S. veranlaßten Irrthum verleitet worden wären, das, angeblich unter seinem wahren Werthe verkaufte Pfandobject nicht durch Mitbieten höher auszubringen, ist eine ganz unbegründete Hypothese, die um so unwahrscheinlicher ist, als H. u. S. ja immer noch einen beträchtlichen Ausfall erlitten, der sie, wenn anders überhaupt Neigung zum

Kaufen bei ihnen vorhanden war, ohne Zweifel bestimmt haben würde, zu der angedeuteten Maßregel zu schreiten.

5. — Hat nun der Implorant die Wittwe H. gleichwohl befriedigt, in der Voraussetzung, daß ein Fall der Verhaftung des Magistrats nach §. 63 der Stadtbuchordnung vorliege, so hat er das ohne rechtliche Veranlassung gethan und kann sich daher dieserhalb an die von dem Senator S. bestellte Dienstcaution nicht halten. Sonstige Ansprüche, welche die Retention des zum Zwecke der Cautionsbestellung cedirten Werthpapiers rechtfertigen könnten, sind überall nicht specificirt; es hat demnach die vorgeschützte Retentionseinrede verworfen und auf die an sich begründete Klage so erkannt werden müssen, wie im vorigen Urtheile geschehen ist. Eine Sicherheitsleistung der vorliegenden Art besteht nämlich ihrem Wesen nach in einer bedingten Verpfändung von Vermögensobjecten für künftige Forderungen, welche gegen den Caventen aus dessen Amtsführung möglicher Weise entstehen können. Mit der definitiven Beendigung seiner Amtsfunctionen durch Entlassung oder Tod fällt der Zweck der Caution für die Zukunft fort, die Klage auf Rückgabe derselben ist alsdann an sich begründet, und die Retentionseinrede nur auf die Behauptung zu stützen, daß die gestellte Bedingung eingetreten sei, oder noch schwebe. Zu diesem Zwecke müssen diejenigen Thatsachen speciell angeführt werden, aus denen die durch die Caution sicher gestellten Ansprüche bereits entstanden sind oder noch entstehen können.

30.

Klagbarkeit der pacta de compromittendo nach heutigem Rechte. Hu. 589/1852 und Li. 469/1856.

Das Oberappellationsgericht bestätigte in dem Bescheide vom 15. Juli 1852 die Abweisung der Klage aus einem Seeversicherungsvertrage, welcher gegenüber die Beklagten sich darauf berufen hatten, daß für Streitigkeiten der fraglichen Art von allen Betheiligten auf die Beschreitung des Rechtsweges

verzichtet und die Entscheidung durch ein Schiedsgericht verabredet worden sei. Die Gründe sind folgende:

Die rechtsverbindliche Kraft des bloßen **pactum de compromittendo** ist nach heutigem Rechte außer Zweifel. —— Auch der Umstand, daß gegenwärtig noch ein Schiedsgericht nicht bestellt ist, Schiedsrichter noch nicht den behufigen Auftrag bekommen und angenommen haben, und noch nicht das **objectum litis** fixirt ist, steht der Berufung der Beklagten auf das (ihnen durch die fragliche Vertragsbestimmung verliehene) Recht nicht im Wege, da eben dies die Bedeutung des im heutigen Rechte geltenden Grundsatzes von der rechtsverbindlichen Kraft jenes **pactum de compromittendo** ist, daß schon die allgemeine vertragsmäßige Zusicherung, künftige, ihrer Gattung nach bestimmt bezeichnete Differenzen der Entscheidung eines sodann zu bestellenden Schiedsgerichts, unter näherer Feststellung der Art und Weise dieser Bestellung, unterwerfen zu wollen, die Contrahenten vollgültig verpflichtet, so daß sie zur wirklichen Bestellung des Schiedsgerichts rechtlich gezwungen werden können.

In consequenter Festhaltung des vorstehenden Grundsatzes wurde in einem Falle, in welchem die Justiz-Canzlei zu Schwerin die auf die contractliche Bestellung eines Schiedsgerichts gerichtete Klage **a limine judicii** zurückgewiesen hatte, vom Oberappellationsgerichte mittelst Bescheides vom 1. Sept. 1856 auf Einleitung proceßordnungsmäßiger Verhandlung reformirt und in den Gründen das Nachstehende ausgesprochen:

Wenn auch das Römische Recht eine vertragsmäßige Verpflichtung, künftig erst entstehende Streitigkeiten dem Ausspruche eines in Veranlassung derselben erst zu bestellenden Schiedsgerichts zu unterwerfen, nicht kennt, und seinen Grundsätzen zufolge der hierauf gerichtete Vertrag, möchte er auch seiner formellen Beschaffenheit nach immerhin obligatorisch vollkommen wirksam sein, nicht klagbar sein würde: so hängt es doch einestheils mit dem eigenthümlichen Gange der Römischen Rechtsentwickelung zusammen, daß derartige Verträge

keinen Eingang in das Römische Rechtsleben gefunden haben, und beruhet dies andererseits darauf, daß nach der besonderen Gestaltung des Römischen Executionsverfahrens auch noch im neuesten Rechte obligationes in faciendo nur dann erzwingbar und so auch nur dann klagbar waren, wenn im Falle ausbleibender Erfüllung an die Stelle der bedungenen Leistung ein durch richterliche Schätzung festzustellendes Geld-Aequivalent gesetzt werden konnte, was in diesem Falle wegen des Mangels sicherer Anhaltspuncte für die richterliche Schätzung nicht wohl ausführbar ist. Wie aber in letzterer Hinsicht das heutige Proceßrecht durch das Institut der Zwangsexecution längst über die engen Schranken des Römischen Rechts hinausgegangen ist und dadurch von selbst den Kreis der rechtlich möglichen obligatorischen Leistungen erweitert hat: so leidet es andererseits auch keinen gegründeten Zweifel, daß das schon dem früheren Mittelalter bekannte Institut der gewillkürten Austräge nach der modernen Entwickelung des rechtlichen Verkehrslebens in seiner Anwendung und Geltung nicht mehr auf den Kreis derjenigen Stände beschränkt ist, für welche die Reichs- und Bundesgesetzgebung dasselbe ausdrücklich anerkannt hat, und mit der möglichen Erzwingbarkeit des pactum de compromittendo auch seine Klagbarkeit nicht bloß im Bewußtsein des Volkes, sondern auch in der Praxis der Gerichte feststeht.

31.

Die Anerkennung eines von dem Mitcontrahenten aufgemachten Conto-Courants begründet eine neue causa debendi. Ga. 304/1850.

In dem Abschiede vom 16. Sept. 1850 verwarf das Oberappellationsgericht die exceptio libelli obscuri, welche einer lediglich auf die Anerkennung eines aufgemachten Conto-Courants gegründeten Klage entgegengestellt war, in nachstehender Weise:

Wenn auch die vom Kläger beigebrachte Urkunde lediglich ein Anerkenntniß der Richtigkeit des vorstehenden Conto-Courants enthält, ohne Hinzufügung eines ausdrücklichen Zahlungsversprechens, so ist doch bei der Aufmachung und resp. Anerkennung eines solchen Conto-Courants die übereinstimmende Absicht beider Contrahenten gerade als darauf gerichtet anzusehen, daß durch die im Laufe der Geschäftsverbindung oder am Schlusse derselben von beiden Theilen als richtig anerkannte Abrechnung für das Guthaben des Einen eine vertragsmäßige neue und selbständige **causa debendi** entstehen soll, welche zur factischen Begründung der Klage auf das Guthaben, wenn auch nicht ausschließlich, doch nach der Wahl des Klägers statt der vollständigen Angabe der, den verschiedenen einzelnen bei der Abrechnung mitberücksichtigten Forderungen zum Grunde liegenden **causae debendi**, genüget.

32.

Der Gläubiger ist nicht berechtigt wegen verzögerter Zahlung neben Verzugszinsen den Ersatz sonstigen Schadens zu fordern. Cu. $804/_{1849}$.

Die unverehelichte C. erhob bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 26. Januar 1849 Klage auf Rückzahlung eines für sie in dem Gute R. radicirten Capitals von 6000 Thlrn. N⅔, welches rechtzeitig zu Antoni 1839 gekündigt, in diesem Termin aber nicht ausbezahlt war, und bat das auf Grund des Hypothekenscheins zu erlassende Zahlungsmandat auf die 6000 Thlr. N⅔ nebst 5 Procent Verzugszinsen, so wie den sonstigen durch den Verzug ihr verursachten Schaden, dessen Liquidation vorbehältlich, zu richten.

Dabei bemerkte sie, daß sie in der Erwartung, die libellirten 6000 Thlr. N⅔ rechtzeitig zu empfangen, dieselben für den verflossenen Antonitermin anderweitig versagt habe und in Folge dessen selbst Schadensansprüchen ausgesetzt sei.

Die Justiz-Canzlei erließ unterm 19. Jan. 1849 das nachgesuchte Zahlungsmandat nur auf das Capital mit 5 Procent Verzugszinsen vom 25. Jan. 1848 an und eröffnete der Klägerin in einem auf deren Vorstellung festgehaltenen Responsе, daß eine Forderung auf Schadensersatz wegen verzögerter Zahlung neben den bereits eingeklagten Verzugszinsen unzulässig sei.

Diese Entscheidung bestätigte das Oberappellationsgericht auf Querel der Klägerin durch Bescheid vom 19. März 1849 aus folgenden Gründen:

Die Verzugszinsen bilden ein, nach einem Durchschnittsmaßstabe abgeschätztes Aequivalent für das *gesammte* Interesse des Gläubigers bei verzögerter Geldzahlung. Den Gegensatz dieses rechtlichen Maßstabes des bezeichneten Interesses bildet die specielle Liquidation und Beweisung desselben. Schon hieraus folgt, daß der Gläubiger nur die Wahl zwischen beiden hat, zwischen dem rechtlich angenommenen Durchschnittsmaße seines *gesammten* Interesses, oder, falls ihm dieses Maß nicht genügt, der speciellen Liquidation und dem Beweise des ersteren, daß er aber nicht berechtigt ist, neben jenem noch anderweitigen Schaden zu liquidiren. Hiermit stimmt auch der Inhalt des §. 139 des Reichsdeputationsabschiedes von 1600 vollkommen überein, indem derselbe dem Gläubiger deutlich nur die Wahl gestattet zwischen dem dort gesetzlich festgesetzten Maße des *gesammten* Verzugsinteresses von 5 Procent, oder, wenn er vermeinen wollt, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein Mehreres zu fordern, „alsdann sein *ganz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen.*" Diese Auslegung des §. 139 wird auch durch die Praxis des Reichskammergerichts bestätigt, durch welche derselbe wie in ihm selbst angedeutet wird, veranlaßt worden ist. Während nämlich der Gläubiger früher — in Folge der Römischen Unstatthaftigkeit der Verzugszinsen beim Darlehn und des Canonischen Verbotes der Zinsen von diesem überhaupt — immer sein Interesse speciell liquidiren und beweisen mußte, hat die Praxis des gedachten Reichsgerichts — um diese weitläuftigen und schwierigen Liquidationen und Beweisführungen

zu vermeiden — zur Erleichterung des Gläubigers und zur Abkürzung der Processe demselben die Wahl gelassen zwischen der Veranschlagung seines gesammten Interesses zu 5 Procent Verzugszinsen oder der bisherigen speciellen Liquidation und Beweisung desselben, — und diese Praxis ist, nachdem darüber schon auf dem Reichsdeputationstage zu Worms im Jahre 1586 verhandelt worden, in dem angezogenen §. 139 zu einer allgemeinen reichsgesetzlichen Bestimmung erhoben worden.

v. Meyern, Gedanken über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. S. 115—117.

Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Heft 3. S. 47.

Diesem nach hätte sie, Querulantin, wenn sie der Meinung war, daß der Gesammtbetrag ihres concreten Interesses durch die gesetzliche Abschätzungssumme von 5 Procent Verzugszinsen nicht befriedigt werde, zu der speciellen Liquidation und Beweisung ihres gesammten Interesses sich erbieten müssen, sie kann aber neben jenen von ihr begehrten und bereits in das, unter dem 29. Januar d. J. an den Beklagten erlassene bedingte Zahlungsmandat mitaufgenommenen Verzugszinsen, keinen anderweitigen Schadensersatz wegen der verzögerten Zurückzahlung des libellirten Capitals ansprechen.

33.

1. Bedingungen für die Gültigkeit der Intercession einer Ehefrau nach der gemeinrechtlichen und Mecklenburgischen Praxis.

2. Ueber die rechtlichen Wirkungen des unförmlichen und schriftlichen Eides. A. 9/1842. Strelitz.

3. Ueber die Haftung der Gerichtsmitglieder aus der Confirmation eines ungültigen Rechtsgeschäfts. Be. 112/1855 Strelitz.

Am 12. November 1828 stellte der demnächst verstorbene A. zu F. dem Krugpächter B. zu K. eine Schuldverschreibung aus, worin er den Empfang von siebenzehnhundert Thalern in

Golde, und dessen Verwendung zum Ankaufe eines Pfarrbauerhofes in F. bekannte und sich zur Verzinsung dieser Summe mit 5 Procent jährlich, so wie zu deren künftiger Rückzahlung nach vorgängiger halbjähriger Loskündigung, unter Verpfändung aller seiner Güter und insbesondere des erkauften Pfarrbauergehöftes, verpflichtete.

An eben demselben Tage unterzeichnete die jetzige Beklagte, als Ehefrau des Schuldners, eine von fremder Hand jener Verschreibung angehängte Bürgschaftserklärung, in welcher namentlich auch folgende Worte enthalten waren:

„Da mir noch besonders erklärt worden, daß die Bürgschaften der Frauen überhaupt nach der **authentica si qua mulier**, und der Ehefrauen für ihren Ehemann nach den Vellejanischen Rathschlüssen durchaus nicht gültig sein sollen, so entsage ich auch wissentlich und wohlbedächtig denen in diesen Gesetzen vorgeschriebenen weiblichen Gerechtsamen, unter Verpfändung meines gesammten Vermögens. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort!"

Hiernächst ist an eben demselben Tage zu F. von einem Amtsgerichtsactuarius A. ohne Amtssiegel bezeugt worden, daß die vorstehende Bürgschaftsacte, nachdem sie der verehelichten A. (der jetzigen Beklagten) vorgelesen und erklärt worden, von derselben eigenhändig unterschrieben worden sei.

Endlich folgt noch, gleichfalls an demselben Tage und von des Amtsgerichtsactuarius A. Hand concipirt, eine Bestätigung der Obligation und der Bürgschaft von Seiten des Amtsgerichts zu F., und zwar „auf Verlangen der Schuldner"; wobei noch ausdrücklich erwähnt ist, daß diese Urkunde den F.'schen Gerichtsacten gehörig einverleibt worden sei. — Eine Acceptation oder sonstige Mitwirkung des Klägers bei dieser Bürgschaftsleistung ist aus der Urkunde nicht ersichtlich.

Der Gläubiger blieb in dem später ausgebrochenen und durch ein Prioritätserkenntniß vom 6. Juli 1838 beendeten Concurse des Hauptschuldners unbefriedigt und nahm in Folge dessen die Bürgin in Anspruch. Auf die bezügliche im Aug. 1838

beim Amtsgerichte F. erhobene Klage erwiderte die Beklagte Folgendes:

Zur Zeit, als die Bürgschaft entstanden, sei ihr Ehemann schon in sehr bedrängter Lage gewesen; der Kläger habe ihn vor und nach der Bürgschaftsleistung vorzüglich gedrängt. Letztere sei in folgender Weise entstanden. Es sei auf des Klägers Antrag Einer der F.'er Beamten bei ihr erschienen und habe ihr eine Schrift vorgelegt, die sie, weil er es verlangte, unterschrieben habe. Von dem Zwecke der Schrift sei dabei nicht die Rede gewesen, sie sei ihr auch nicht vorgelesen, viel weniger erklärt worden. Daß sie nicht verbunden gewesen, sich für ihren Mann zu verbürgen, daß man sie nicht dazu zwingen können, und daß die Bürgschaft ohne besondere Formen nicht einmal gültig sei, das Alles habe sie nicht gewußt. Man habe ihr vielmehr den Glauben gelassen, daß durch ihre Unterschrift die gemeinschaftliche Noth gemildert werde. Der Actuar A. sei dabei nicht zugegen gewesen; sie wisse nicht, wie er dazu komme, ihre Unterschrift zu attestiren. Auch dem Gerichte habe sie einen Antrag wegen Confirmation der Bürgschaft nicht übergeben; wahrscheinlich sei der Antrag vom Actuar A. ausgegangen, der des Gegners Geschäftsführer gewesen, und ihr noch einige andere ähnliche Bürgschaften entlockt habe.

Die vorliegende Bürgschaft sei weder eine öffentliche, noch eine eidlich übernommene, da die bloße Unterschrift einer Formel, von der man nicht wisse, was sie enthalte, am wenigsten, daß ein Eid darin enthalten sei, keine Eidesleistung sein könne; auch eine wirkliche Entsagung auf die weiblichen Gerechtsame sei in der Acte nicht enthalten, da statt ihrer eine offenbare Verwechslung vorgegangen sei; nur eine nichtssagende Formel sei niedergeschrieben worden. Sie bitte um Abweisung des Klägers und Kostenerstattung.

Replicando berief Kläger sich auf den Inhalt der Bürgschaftsacte und auf die den Gerichten gebührende Präsumtion der Legalität, wodurch alle Behauptungen der Beklagten widerlegt würden. Die gewählte Form sei durch den Gerichts-

gebrauch längst sanctionirt worden. Zum Eide bedürfe es nur der gebrauchten Formel, und die Verwechslung des Senatusconsults und der Authentika sei gleichgültig, da es nur auf die Sache, nicht auf die Namen ankommen könne.

Duplicando versicherte die Beklagte nochmals, weder den Inhalt der Bürgschaftsacte vor und bei der Unterschrift gekannt, noch deren gerichtliche Bestätigung beantragt zu haben. Wolle man auch zugeben, daß die Vorschrift der **l. 23 ad S. C. Vellejanum**, wonach die Frauen sich nur in einer öffentlichen und vor drei Zeugen errichteten Urkunde verbürgen könnten, durch die Praxis dahin gemildert worden sei, daß die drei Zeugen bei einer gerichtlichen Urkunde entbehrlich seien, so bleibe doch immer eine gerichtliche Urkunde erforderlich, und daran fehle es hier.

Nachdem hierauf noch der Gerichtsactuar am 5. Jan. 1840 berichtet hatte, daß in der Registratur keine Acten über die Confirmation der Bürgschaftsacte der Beklagten befindlich seien, erfolgte in erster Instanz ein die Beklagte rein verurtheilendes Erkenntniß vom 30. October 1841. Nachdem dies Erkenntniß von der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz unterm 17. Febr. 1842 bestätigt worden, wies das Oberappellationsgericht durch das reformirende Erkenntniß vom 13. März 1843 auf Appellation der Beklagten den Kläger mit der angestellten Klage unter Verurtheilung in alle Kosten ab.

Nachdem gegen diese Entscheidung wiederum vom Kläger das Rechtsmittel der Restitution ergriffen war, wurden die Acten zur Einholung eines Erachtens an die Juristenfacultät zu Bonn verschickt. Dasselbe sprach sich für Bestätigung des dritten Erkenntnisses aus und lautet in seiner rechtlichen Beurtheilung folgender Maßen:

Die neueren gemeinrechtlichen Theorien über die Art und Weise, wie eine Frau sich für ihren Ehemann gültig zu verbürgen im Stande sei, stimmen insgesammt wenigstens in dem Einen Puncte überein, daß es dazu einer eidlichen Bürgschaft bedürfe, weil nur das eidliche Versprechen, als eine selbständige **nova causa obligandi**, die in der auth.

si qua mulier vorgeschriebene totale Nichtigkeit solcher Bürgschaften zu beseitigen vermöge. Dagegen lassen sich diese Theorien insofern in zwei Hauptclassen theilen, als nach der einen Ansicht jener Eid auch für sich allein genügen soll, um zugleich alle sonstigen Mängel weiblicher Bürgschaften zu beseitigen, während eine zweite Ansicht in Beziehung auf diese allgemeineren Mängel und entgegenstehenden Einreden noch anderweitige Formalitäten neben dem Eide für erforderlich hält. Die erste dieser Ansichten dürfte zwar theoretisch als die consequentere den Vorzug verdienen; allein die Praxis ist, übereinstimmend mit der Mehrzahl der Schriftsteller meistens bei der zweiten Ansicht stehen geblieben, so daß neben der eidlichen Bürgschaft noch theils ein Verzicht auf die s. g. weiblichen Rechtswohlthaten, oder wenigstens eine vorgängige Belehrung über dieselben (certioratio), theils eine schriftliche Urkunde in Gemäßheit der **l. 23 Cod. ad S. C. Vellejanum** für erforderlich gehalten wird,

Vgl. Zanger, de exceptionibus. 1665. P. III. c. 11. §. 163—183
Naevius, de juramentis. 1710. P. II. c. 2. §. 8.
Leyser, med. ad Pand. Spec. 170. med. 3 Spec. 172 med. 6.
Böhmer, Jus eccles. Prot. Lib. II. tit. 24, §. 41, 48.
Huber, praelectt. ad Pand. lib. XVI. tit. 1, §. 18.
Weber, Erläuterung der Pandekten. §. 925.
Malblanc, de iureiurando, §. 10, §. 85, §. 119, Note 172 ed. II.

wie denn für diese Ansicht einigermaßen selbst die Analogie einer ähnlichen gesetzlichen Vorschrift,

Deputations-Abschied von 1600. §. 33.

geltend gemacht werden könnte. Für den vorliegenden Fall ist es jedoch gleichgültig, welcher von beiden Haupttheorien man den Vorzug geben will, indem die Gültigkeit der geleisteten Bürgschaft weder nach der einen noch nach der anderen Ansicht zu behaupten sein würde. Will man nämlich

I. der aus dem Eide entspringenden religiösen Verpflichtung die Kraft beilegen, daß mit der Nichtigkeit der Bürgschaft zugleich alle sonstige Einwendungen gegen dieselbe beseitigt

werden, so versteht es sich auch von selbst, daß dabei nur an einen wahren, vollgültigen Eid im eigentlichsten Sinne des Worts gedacht werden darf.

Vergl. Carpzov, defin. for. P. II. c. 16 def. 6 et decision. P. III. decis. 199.

Für einen solchen Eid kann aber nur der persönlich, mündlich abgeleistete gelten, während der s. g. schriftliche Eid überall nur zu den Eidessurrogaten gehört, und namentlich in derjenigen Form, welche für die Bürgschaft der Beklagten gewählt worden ist, den wirklichen Eid nur in besonderen gesetzlich zugelassenen Ausnahmefällen zu ersetzen vermag. Denn so viel

A. den s. g. schriftlichen Eid im Allgemeinen anlangt, so hat selbst das ältere Römische Recht, welches doch in der Wahl der Eidesformel die größte Freiheit gestattete, und welchem schriftliche Versicherungen mit eingerückten Eidesformeln (iuratoriae cautiones instrumento insertae, expositae) keineswegs unbekannt waren,

l. 4 D. Stellionatus (47, 20)
l. 3 Cod. Si minor se maiorem (2, 43)
l. 17 pr. Cod. de Dignit. (12, 1)

doch nur den mündlichen Eid, das iuramentum corporaliter praestitum, als die vollgültige Form des Eides behandelt, welcher jene schriftlichen Versicherungen, die asseverationes per sacramenti religionem, keineswegs in ihren Wirkungen gleichkommen sollten, sondern nur etwa als Versicherungen an Eides Statt gelten durften.

l. 3 Cod. si minor se maiorem (2, 43).
vergl. l. 1 Cod. si advers. vendit. (2, 28).

Daher hat denn auch Justinian, als er die Eidesformel genauer bestimmte, und besonders die Ableistung processualischer Eide für abwesende oder begünstigte Parteien zu erleichtern suchte, dennoch der schriftlichen Eidesleistung gar nicht erwähnt,

l. 2 Cod. de Jureiurando propt. calumn. (2, 59)
l. 14 Cod. de Judiciis (3, 1)
Nov. 8, c. 4 et append. tit. 3.
Nov. 77, c. 1. §. 1.
Nov. 124, c. 1.

wie er denn auch bei den schon früher hergebrachten schriftlichen **iuratoriae cautiones** mitunter noch einen vorgängigen mündlichen Eid verlangte.

Nov. 112, c. 2 pr. in fin.
Nov. 134, c. 9.

Dem germanischen Rechte war die schriftliche Eidesleistung gänzlich unbekannt,

Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer. S. 893. 903

wie denn auch das canonische Recht nur der mündlichen, nicht aber der schriftlichen **iuratoria cautio** gedenkt,

cap. 15 X. de sent. excommunic. (5, 39)

und da, wo es die Eidesleistung erleichtern wollte, nur den Eid eines Stellvertreters zugelassen hat,

cap. 6. 7 X. de Juram. calumn. (2, 7)
cap. 3 eod. in VIto.

Selbst noch die Peinliche Gerichtsordnung Carls V. hat bei Bestrafung des Meineides und des Urphedebruchs offenbar nur an mündliche Eide gedacht.

P. G. O. art. 107, 108.
vergl. Feuerbach, peinl. Recht, §. 422, Note b. der 13. Auflage.

Hieraus allein erklärt es sich denn auch, wie unter den neuern Schriftstellern, welche die Formen des Eides genauer behandelt haben, Einige den s. g. schriftlichen Eid gar nicht einmal erwähnen, z. B.

Stäudlin, Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Eide 1824,
Leue, von der Natur des Eides. 1836. S. 170—174,

während Andere die leibliche Ableistung oder die symbolischen Formen ausdrücklich als einen wesentlichen Theil des Eides hervorheben,

Grimm, a. a. O.
Falck, in den Eranien zum deutschen Recht, 2. Lieferung. 1826. S. 99, 108, 109.
Göschel, über den Eid. 1837. S. 183, 189, 190, 208.

noch Andere wenigstens diese mündliche Ableistung nur da, wo sie unmöglich ist, nämlich bei Stummen, für erläßlich halten.

Naevius, de juramentis P. III. c. 13, §. 3.
Malblanc, de jurejurando ed. II. §. 9, pag. 22, §. 94 in fi, pag. 271.

Ja selbst in diesem letztgedachten Falle hat die Praxis dem Eide eines Stellvertreters den Vorzug vor der eigenen schriftlichen Versicherung der Partei gegeben, indem z. B. die Urphede für einen Stummen durch den Scharfrichter geschworen werden mußte,

Finckelthaus, observat. 45, qu. 1. qu. 4. Nr. 18.
Naevius, de juramentis l. c.
vergl. Stryk (Gerbert) de cautelis juramentorum. P. II. Sect. 2, cap. 3, §. 132—138

wie denn auch die älteren gesetzlichen Privilegien, z. B. bei dem Calumnieneide de non frivole appellando, nur den Eid eines Stellvertreters, nicht aber einen s. g. schriftlichen Eid der Partei selber, begünstigungsweise für zulässig erklärt haben.

J. Reichs-Absch. von 1654, §. 117.

Zwar ist allerdings nicht zu leugnen, daß seit den letzten zwei Jahrhunderten auch manche Juristen dem s. g. schriftlichen Eide gleiche Wirksamkeit mit dem mündlichen haben einräumen wollen;

s. Leyser, med. ad Pand. spec. 172. med. 2,
v. Bülow und Hagemann rechtliche Erörterungen, Thl. I. Erört. 33;

allein genauer betrachtet hat diese Lehre sich doch zunächst in Beziehung auf das S. C. Vellejanum und die authentica si qua mulier ausgebildet, indem man hier von der Ansicht ausging, daß die schriftliche Bürgschaftsleistung doch schon an sich, auch neben dem Eide unentbehrlich bleibe, daß mithin diesem Letzteren nur eine accessorische Wirksamkeit beizulegen sei. Diese Ansicht mußte fast nothwendig dahin führen, sich lieber mit einer schriftlichen iuratoria cautio zu begnügen, als neben der Schrift noch eine feierliche mündliche Erklärung, in der That also ein zwiefaches feierliches Rechtsgeschäft von den Ehefrauen zu verlangen; es läßt sich aber nicht erweisen, daß diese laxere Theorie auch dann gebilligt, geschweige denn zu einer allgemeinen erhoben worden wäre, wenn man eine schriftliche Urkunde über die Bürgschaft der schwörenden Ehefrau für ganz entbehrlich gehalten hätte.

Vgl. Stryk de cautelis juramentorum. Pars II. Sect. 1. cap. 1, §. 29, 30.

Aus demselben Grunde können denn für den oben aufgestellten Gesichtspunct auch diejenigen Schriftsteller und Präjudicate nicht in Betracht kommen, welche bei der Bürgschaftsleistung einer Ehefrau, abweichend von den allgemeineren Eidesregeln, jede beliebige Eidesformel oder Versicherung an Eides Statt für genügend halten, z. B.

J. H. Böhmer, J. E. P. lib. II. tit. 24, §. 56—58, verglichen mit §. 6, 7 ibid.

v. Bülow und Hagemann, a. a. O.,

zumal da auch diese Meinung immer bestritten geblieben ist

Leyser, med. ad Pand. spec. 134, coroll. 2. spec. 171, coroll. 3.

Jedenfalls bleibt aber die erst neuerdings von

Eichhorn, Lehrbuch des Kirchenrechts Thl. II. S. 545—547.

ohne speciellere Begründung aufgestellte Theorie, daß der unförmliche mündliche oder schriftliche Eid die Regel bilde, der förmliche und körperliche Eid hingegen nur ausnahmsweise da eintreten müsse, wo er speciell vorgeschrieben sei, in dieser Allgemeinheit ganz unhaltbar.

B. Die bisher entwickelten Gründe werden noch viel entscheidender, wenn man die besondere Form des hier in Frage stehenden schriftlichen Eides näher erwägt. Wollte man nämlich im Allgemeinen auch zugeben, daß der schriftliche Eid ein regelmäßiges vollgültiges Surrogat des mündlich geleisteten abgeben dürfe, so würde doch wenigstens daran festzuhalten sein, daß alsdann auch der schriftliche Eid eben so unmittelbar aus der Seele des Schwörenden hervorgegangen sein müsse, wie dies bei dem mündlichen der Fall ist. Der Schwörende müßte also die Eidesformel wörtlich mit eigener Hand geschrieben haben, wie er sie mit eigenem Munde hätte aussprechen müssen. Dies wird bei dem Eide des Stummen nicht nur von den Schriftstellern ohne Widerspruch verlangt,

Stryk de cautelis juramentorum II. 2, cap. 3. §. 132—135.
Naevius, a. a. O.
Malblanc, a. a. O.

sondern auch die neuere Gesetzgebung hat es wenigstens für die Zeugen-Eide der Stummen als Bedingung vorgeschrieben, und nur den Personen fürstlichen Standes das besondere Privilegium eingeräumt, die Eidesformel blos zu unterzeichnen

z. B. die Preußische Gerichts-Ordnung, Thl. I. tit. 10, §. 203, Nr. 1, 6.

Daß dieser sehr erhebliche Unterschied auch bei den Bürgschaften der Ehefrauen nicht zu übersehen sei, hat schon

Huber, praelectt. ad Pand. lib. XII., tit. 2, §. 3,

hervorgehoben; und wenn die entgegenstehende Ansicht einer von Leyser

a. a. O. spec. 172, med. 2.

angeführten Entscheidung zum Grunde zu liegen scheint, so ist doch in der rechtlichen Entwickelung dieses Falles der Unterschied des Schreibens und des bloßen Unterschreibens gar nicht weiter berührt worden. Auch in diesem Puncte kann also die Meinung von Eichhorn a. a. O., welcher die bloße Unterschrift einer Eidesformel allgemein für einen vollständigen Eid ansehen will, keineswegs als haltbar angesehen werden, und nur so viel wird unbedenklich zuzugeben sein, daß die wissentlich vollzogene Unterschrift einer solchen Eidesformel den Erklärungen an Eides Statt gleich zu achten sei.

Da nun die vorliegende Bürgschaftsurkunde lediglich in einer solchen Unterschrift besteht, so fehlen ihr durchaus diejenigen Eigenschaften, wodurch allein sie alle sonstigen Formalitäten der weiblichen Bürgschaft entbehrlich zu machen vermöchte.

II. Prüft man nun aber diese sonstigen Formen und Bestandtheile der vorliegenden Bürgschaftsacte, so dürfte zwar

A. die Entsagung der Ehefrau auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten umfassend genug ausgedrückt worden sein. Denn theils ist es in der Praxis ganz allgemein hergebracht, diese Entsagung nur auf das **S. C. Vellejanum** und die **authentica si qua mulier** zu beschränken; theils würde, vom theoretischen Standpuncte aus, nicht einmal so viel, geschweige denn eine noch umfassendere Entsagung zu verlangen sein. Nur die

exceptio Senatus consulti Vellejani nämlich kann durch bloße Entsagung beseitigt werden; die Nichtigkeit der Bürgschaft hingegen ist nicht als Gegenstand der reinen Privatwillkür anzusehen, so daß schon der Verzicht auf die **authentica si qua mulier** für überflüssig zu halten ist, und von weiteren Verzichtleistungen auf die in der **l. 23 Cod. ad S. C. Vellejanum** vorgeschriebene Nichtigkeit der formlosen Bürgschaften selbst aus theoretischen Gründen nicht wohl die Rede sein könnte. Dagegen ist

B. die vorgängige Belehrung der Ehefrau über ihre weiblichen Rechtswohlthaten offenbar ungenügend ausgefallen, da von einem Gerichtsactuarius, der seine eigene Rechtsunwissenheit durch das in mehren Fällen gleichmäßig gebrauchte unrichtige Bürgschaftsformular hinreichend bekundet hat, auch keine genügende Rechtsbelehrung einer wenig erfahrenen und ungebildeten Frau ausgehen konnte. Ganz entscheidend bleibt aber endlich

C. der dritte Umstand, d. h. die mangelhafte Form der vorliegenden schriftlichen Bürgschaftsacte. Abgesehen nämlich

1. von dem Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen drei Zeugen, deren Entbehrlichkeit nach heutiger Praxis keineswegs einstimmig anerkannt wird,

Huber, praelectt. l. c. §. 15, 17.

so ist

2. jedenfalls die gedachte Acte nicht als **instrumentum publicum** zu betrachten. Diese Eigenschaft kann derselben

a. wegen der Mitwirkung des Gerichtsactuars A. um deswillen nicht beigelegt werden, weil derselbe für sich allein, ohne Amtssiegel und ohne ausdrückliche Erwähnung, daß er von dem Amtsgerichte zu F. zu dieser gerichtlichen Handlung committirt worden sei, fungirt hat. Er ist also in einer Weise aufgetreten, auf welche die allgemeine Präsumtion für die Legalität gerichtlicher Handlung keiner Anwendung fähig ist; nicht zu erwähnen, daß die Gedankenlosigkeit seines Verfahrens jene einfache Präsumtion wohl zu zerstören, und keineswegs zu unterstützen geeignet sein dürfte.

b. Eben so wenig kann die nachträgliche gerichtliche Confirmation jener Bürgschaftsacte die Eigenschaft eines **instrumentum publicum** verleihen, da sich aus derselben keineswegs entnehmen läßt, daß die Bürgin persönlich vor Gericht erschienen sei, und ihre Bürgschaft und Entsagung nochmals zu Protocoll gegeben habe; weshalb denn jene Bestätigung nach dem Grundsatze: „**confirmatio non dat nova jura,**" als wirkungslos bei Seite gesetzt werden muß.

Da nun dem Bisherigen zufolge die Beklagte aus der von ihr geleisteten Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werden kann, so versteht sich auch die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses, so viel die Hauptsache anbelangt, von selbst.

In Uebereinstimmung mit diesem Erachten bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 2. März 1846 sein früheres Erkenntniß aus folgenden Gründen:

1. Der Grundgedanke des bestehenden Rechts hinsichtlich der Intercessionen der Frauen ist unbestritten der: daß dieselben gegen die Nachtheile der Uebereilung und zu großer Bereitwilligkeit in der Eingehung von Intercessionen möglichst geschützt werden sollen. Hieraus folgt, daß die rechtliche Gültigkeit dieser Intercessionen von dem Richter der strengsten Prüfung unterworfen, und die Intercedentinnen mit allen, dem Rechte zu Gebote stehenden Mitteln gegen die daraus erhobenen Ansprüche geschützt werden müssen. Am strengsten ist diese Aufgabe bei denjenigen Intercessionen durchzuführen, bei welchen die Intercedentinnen am leichtesten den bezeichneten Gefahren unterliegen, und die deshalb am nachdrücklichsten in dem bestehenden Rechte gemißbilligt werden, d. h. bei den Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner. Auf den Nachtheil des Gläubigers kann dabei rechtlich keine Rücksicht genommen werden, weil derselbe in der Intercession der Ehefrau seines Schuldners in der Regel keine Sicherheit für seine Forderung suchen darf, es mithin nur sich selbst beizumessen hat, wenn er nicht genügend darauf bedacht war, die rechtlichen Voraussetzungen einer Ausnahme herzustellen.

2. — In dem vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich um die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann. Solche Intercessionen sind — bis auf eine einzige, hier nicht vorliegende, Ausnahme — nach der **Nov. 134, cap. 8,** oder der **authentica si qua mulier,** ganz ungültig, so daß der Richter die zu ihrer Geltendmachung erhobene Klage von Amtswegen zu verwerfen hat. Selbst die eidliche Bestärkung giebt ihnen nach Römischem Rechte keine Wirksamkeit; eben so wenig gestattet dasselbe einen Verzicht auf das Verbot, und auch in dieser Beziehung verändert der Eid das ohnehin geltende Rechte nicht. Dagegen ist man — mit wenigen Ausnahmen — in der Theorie und Praxis darüber einverstanden, daß nach Canonischen Grundsätzen von der Wirksamkeit des Eides nicht allein eine gehörige eidliche Bekräftigung schlechthin der Intercession Gültigkeit verleihet, sondern auch ein, nach voraufgegangener genügender Belehrung der Intercedentin über ihre Rechte geleisteter Verzicht auf die **authentica si qua mulier,** gültig und wirksam ist. Zwar sind hinsichtlich dieses eidlichen Verzichtes nicht Alle über das Erforderniß der voraufgehenden Belehrung einverstanden; aber die überwiegende Mehrzahl hat sich, nach dem Wesen des Verzichts, zu allen Zeiten mit Recht für diese Voraussetzung erklärt, und in der Praxis ist dieselbe feststehend anerkannt.

3. — Damit jedoch die Intercession der Ehefrau für den Ehemann durch den eidlichen Verzicht auf die **authentica si qua mulier** wirksam werde, muß dieselbe auch den übrigen Voraussetzungen einer gültigen Intercession entsprechen. Ein gültiger Verzicht auf diese **authentica** kann nichts weiter bewirken, als die Unanwendlichkeit dieses Gesetzes und der **Nov. 134 cap. 8,** also das Wegfallen der darin getroffenen besonderen Bestimmung, daß die Intercession für den eigenen Ehemann, ohne Rücksicht darauf, ob sie die für alle weiblichen Intercessionen vorgeschriebene Form habe, nichtig sein solle. Hievon begründet er eine Ausnahme, deren Bedeutung darin besteht, daß eine Ungültigkeit o h n e R ü c k s i c h t a u f d i e F o r m und bloß deshalb, weil die Intercession für den Ehemann geschehen, nicht eintrete. So steht vermöge des Verzichtes der

Fall dem gleich, wo jenes Gesetz, weil es sich um keine Intercession für den Ehemann handelt, unzutreffend ist. Dann aber kommt vor Allem die von Bestand gebliebene Vorschrift der l. 23 C. ad S. Consult. Vellejan. (4, 29) in Betracht, wie auch bei der in der Nov. cit. selbst statuirten Ausnahme nach der Ansicht mancher Rechtslehrer, wiederum auf die Formvorschrift der l. 23 cit. zu sehen ist.

Thibaut, System edit. 8, §. 607.

Göschen, Vorlesungen, II. 2. §. 573 sub 2.

4. — Zwar erwähnen nicht alle Schriftsteller über diesen Gegenstand neben dem eidlichen Verzichte auf die authentica noch das Erforderniß der bezeichneten Form, indem Viele, nur des ersteren gedenkend, sich über das letztere nicht aussprechen. Bei vielen Anderen aber, welche das Verhältniß jener Form zu der jetzigen Wirksamkeit des eidlichen Verzichtes auf die authentica specieller erwägen, wird die Nothwendigkeit der ersteren neben dem letzteren ausdrücklich anerkannt.

Huber, praelect. ad Pand. lib. XVI. tit. 1, §. 18.

Suse de jure singular. foemin. interced. Goetting. 1803, §. 47.

Malblanc princip. jur. Rom. t. II. §. 519.

v. Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht, edit. 5, Bd. 3, §. 372.

5. — Die Form der l. 23 §. 2 cit. besteht darin, daß die Intercession in einem „instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato" errichtet sein muß. Dieses ist nie anders verstanden worden und hat nie anders verstanden werden können, als daß eine von drei Zeugen unterschriebene öffentliche Urkunde erfordert würde. Wenn Einige sagen: „in einer öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde," so kann dieses, bei den klaren Worten des Gesetzes, nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, oder eine Verwechselung dieser Bestimmung mit denen der

l. 11. C. qui potiores in pignor. (8, 18)

l. 20. C. de fide instrumentor. (4, 21)

sein. Die Römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mitunter-

schrieben, ist jedoch gegenwärtig ganz außer Gebrauch, und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen.

Oesterley, das deutsche Notariat. Th. 2. §. 55.

Bei uns genügt daher für die Form der Intercessionen der Frauenzimmer, wie Implorantischer Seits mit Recht bemerkt worden, eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariatsdocument mit zwei Zeugen. Wenn die mehrsten Theoretiker noch immer der Römischen drei Zeugen gedenken, so beruhet dieses sichtbar darauf, daß sie nur den Inhalt der l. 23. §. 2 cit. wiederholen, ohne die heutigen Abweichungen von der Römischen Form auszuführen. Wenn aber selbst manche deutsche Gerichte hier an der Römischen Zahl der Zeugen festgehalten haben,

cfr. Struben, rechtliche Bedenken. edit. Spangenberg, t. II. Nr. 445 not. *. —

so kann dieses auf die inländischen Rechtszustände, welchen diese Praxis fremd ist, keinen Einfluß üben.

6. — Prüft man nach den vorstehenden Grundsätzen die hier in Frage stehende Bürgschafts-Acte, so entsteht bei derselben zunächst der Zweifel: ob dieselbe eine eidliche Intercession, oder nur einen eidlichen Verzicht auf das S. Consultum Vellejanum und die auth.: si qua mulier enthält? Dieser Zweifel wird dadurch veranlaßt, daß die Urkunde, in zwei Absätze zerfallend, von welchen der erste nur die Bürgschaft, der zweite nur die verschiedenen Entsagungen enthält, die eidliche Versicherung bloß diesem zweiten Absatze angeschlossen hat. Streng genommen, könnte daher dieser Eid auf den unmittelbar vorher erwähnten Verzicht auf das S. Consult. und die auth. beschränkt werden; es bleibt aber auch möglich, daß derselbe — ungeachtet jener Eigenthümlichkeit der Form — nach der Absicht der Parteien den ganzen Inhalt der Urkunde, mithin auch die Bürgschaftsleistung selbst ergreifen sollte. Wäre hier eine eidliche Intercession vorhanden, so würde es — wenn nur der Eid in genügender Weise geleistet wäre — auf das Erforderniß der öffentlichen Urkunde nicht weiter ankommen, da

die eidliche Bestärkung alle sonstigen Mängel der Bürgschaft beseitigen würde.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 45. S. 33 —.

Wäre dagegen nur der bezeichnete eidliche Verzicht vorhanden, so würde auch das Erforderniß der Form noch in Betracht kommem, da — wie gezeigt wurde — jener Verzicht dasselbe nicht beseitiget.

7. — Diese Form ist in concreto nicht beobachtet; denn der Actuar allein bildete nicht das Amtsgericht, konnte daher keine gerichtliche Bürgschafts-Acte errichten; wollte man ihn dagegen als Notar auffassen — in welcher Eigenschaft er jedoch hier, nach seiner Unterschrift, sichtbar nicht fungirte — so fehlte die Zuziehung zweier Zeugen. Die Bürgschafts-Acte, als solche, ist daher eine bloße Privat-Urkunde. Die später hinzugekommene amtsgerichtliche Bestätigung ihres gesammten Inhaltes kann derselben nicht die hier erforderliche Eigenschaft eines gerichtlichen Instruments geben. Zu dieser wird erfordert, daß die Intercedentin — die gerade dadurch gegen Uebereilung, Ueberredung u. s. w. geschützt werden soll — persönlich vor dem Gerichte erschienen sei und — nach voraufgegangener genügender Belehrung — das Bürgschaftsversprechen abgegeben habe. Die bloße gerichtliche Bestätigung der, in einer Privat-Urkunde erklärten Intercession kann daher, selbst auf Antrag der Intercedentin geschehen, jene feierliche Handlung um so weniger ersetzen, wenn — wie hier — nicht einmal das persönliche Erscheinen der Intercedentin bei jenem Antrage aus der Bestätigungs-Acte mit Bestimmtheit hervorgeht, oder sonst vorliegt. In welcher Weise die Intercedentin hier „ihr Verlangen" dem Amtsgerichte zu erkennen gegeben hat, bleibt völlig unklar.

8. — Aus dem Standpunkte des eidlichen Verzichts auf das **S. Consult. Vellejanum** und die **auth.: si qua mulier** würde daher die vorliegende Bürgschaft nicht aufrecht erhalten werden können. Wäre dagegen, mit

von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, S. 170, sub 4 a. E.

in dem eidlichen Verzichte auf die **auth.** zugleich eine eidliche Bürgschaft zu befinden, so würde dieses wieder auf den, in rat. 6

bezeichneten, rechtlichen Standpunkt des letzteren zurückführen, und es demnach nunmehr auf eine Prüfung des hier beigefügten Eides ankommen.

9. — Zunächst ist schon in den Gründen des vorigen Erkenntnisses und in dem Erachten der Juristen-Facultät zu Bonn auf das durch die Acte selbst und deren Inhalt beurkundete Mangelhafte und Unvollständige hinsichtlich der voraufgegangenen Belehrung der Intercedentin mit Recht hingewiesen. Sodann kann aber auch die vorliegende Unterzeichnung einer eidlichen Versicherung, dieser ihrer Beschaffenheit nach, nicht als genügend betrachtet werden.

10. — Die gesetzlichen Vorschriften, welche den Rechtsgrundsatz begründet haben, daß ein auch an sich ungültiges Rechtsgeschäft durch hinzugetretenen Eid Gültigkeit erlange, setzen offensichtlich einen körperlich abgeleisteten Eid voraus. Ist es nun zwar allerdings richtig, daß nach einer constanten Praxis ein solcher körperlich abgeleisteter Eid auch bei Verbürgungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner in den Fällen nicht für nothwendig erachtet wird, in welchen die Verbürgung selbst in einem öffentlichen oder quasi-öffentlichen Instrumente beschafft ist, so läßt sich doch hieraus eine gleiche constante Praxis auch auf diejenigen Fälle nicht herleiten, in welchen es an jener öffentlichen oder quasi-öffentlichen Urkunde ermangelt. Diese beiden Fälle sind wesentlich von einander verschieden; während nämlich in jenem ersten Falle das ganze Geschäft bereits unter solchen Vorkehrungen und Formen vorbereitet und ausgeführt ist, welche jede gegründete Besorgniß einer Uebereilung oder nicht gehörigen Kenntniß auf Seiten der Intercedentin beseitigen, fehlt es in diesem zweiten Falle an jeder Garantie dafür, daß mit Bedacht von Seiten der Frau verfahren worden. Jedenfalls läßt sich eine, darauf gerichtete inländische Praxis, daß die in jeder Privatscriptur beschaffte Verbürgung lediglich und allein schon durch die bloße — häufig durchaus leichtfertige — Unterschrift der derselben angehängten eidlichen Versicherung vollständige Rechtsgültigkeit erlange, nicht annehmen; im Gegentheil fehlt es nicht an Präjudicien resp.

des Oberappellationsgerichts und anderer Mecklenburgischen Landesgerichte, welche die **coram Notario** vollzogene schriftliche eidliche Verbürgung der Ehefrau für ihren Ehemann wegen des Mangels eines öffentlichen Instruments für ungültig erklärt haben.

11. — Das Resultat aller bisherigen Untersuchungen ist, daß — man mag das in Frage stehende Geschäft als eine eidliche Bürgschaft ansehen, oder in demselben nur einen eidlichen Verzicht auf das **S. Consultum Vellejanum** und die **authentica si qua mulier** finden — immer Etwas zu seinem Rechtsbestande fehlt. In jenem Falle die genügende Rechtsbelehrung — **rat.** 9 — und eine genügende Eidesleistung — **rat.** 10 — und wenn man auch diesen Zweifel fallen ließe, mindestens die erstere. Bei der Annahme des bloßen eidlichen Verzichts würde es dagegen an der Form der öffentlichen Urkunde — **rat.** 3, 4, 5, 6, 7 — und der zureichenden Rechtsbelehrung — **rat.** 9 — fehlen. Unter diesen Umständen kann auch darauf kein rechtliches Gewicht gelegt werden, daß — nach Ausweis der Anlagen 3, 5 **ad** [36] **Vol. I. actor. general.** des A.'schen Debitwesens — das gerügte Verfahren bei dem F.'er Amtsgerichte in dem Zwischenraume mehrerer Jahre wiederholt in Anwendung gekommen ist.

Nach rechtskräftiger Entscheidung des vorstehenden Rechtsstreites erhoben die B.'schen Erben bei der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz eine Schadensklage gegen den Kammerherrn v. E., indem sie das Fundament ihres Anspruches aus dem Versehen ableiteten, dessen sich derselbe nach ihrer Behauptung dadurch schuldig gemacht, daß er als erster Beamter die gerichtliche Confirmation der demnächst rechtskräftig für ungültig erklärten Bürgschaftsacte der verehelichten A. mitunterzeichnet habe.

Die Klage wurde durch zwei conforme Entscheidungen der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz und des Oberappellationsgerichts abgewiesen; die Gründe des zweiten Erkenntnisses vom 13. Dec. 1855 lauten folgender Maßen:

Wenn gleich richtiger Ansicht nach die gerichtliche Confirmation der über ein Rechtsgeschäft bestimmter Art aufgenommenen Urkunde auch in denjenigen Fällen, in welchen das fragliche Rechtsgeschäft selbst für sein Zustandekommen die Mitwirkung des Richters und ein, dasselbe bestätigendes, nur nach vorgängiger causae cognitio zu ertheilendes Decret, nicht nothwendig erfordert, keinesweges bloß die Bedeutung eines reinen Beglaubigungsactes in dem Sinne eines einfachen Recognitionsattestes hat, wodurch die Authenticität der Urkunde und die Richtigkeit der darunter stehenden Unterschriften gegen etwanige Anfechtung sichergestellt werden soll, sondern immer zugleich auch einen Ausspruch des Richters über die formelle Rechtsbeständigkeit des darin bezeugten Geschäftes enthält, so weit diese aus der ihm vorgelegten Urkunde selbst unmittelbar erkannt werden kann, daher auch die erfolgte richterliche Bestätigung des Geschäftes stets eine Vermuthung für die gesetzmäßige Beschaffenheit desselben begründet, und denjenigen kein Vorwurf trifft, welcher diesem richterlichen Ausspruche Vertrauen schenkt, wohl aber der Richter sich verantwortlich macht, wenn er ein mit sichtlichen Mängeln behaftetes Geschäft, ohne dasselbe nach der Seite seiner äußerlich erkennbaren formellen Rechtsbeständigkeit hin geprüft zu haben, confirmirt, und so das seinem Ausspruche gebührende Vertrauen des Publicums auf seine Rechtskunde täuscht: so ist es doch andererseits eine viel zu weit gehende Anforderung von ihrer, der Appellanten, Seite, wenn sie verlangen, daß der Richter in Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der in diesem Sinne anzustellenden Prüfung des ihm zur Bestätigung vorgelegten, von dem Antragsteller selbst bereits vollzogenen Geschäftes, einen ganz anderen Maßstab anzulegen habe, als da, wo er in einem obschwebenden Rechtsstreite eine Entscheidung über die Rechtsgültigkeit dieses gleichen Geschäfts abzugeben hätte. Vielmehr wird in dem einen wie in dem anderen Falle nur ein Ausspruch darüber von ihm verlangt, ob das ohne seine thätige Mitwirkung zu Stande gekommene Geschäft so, wie es ihm zur Beurtheilung vorgelegt ist, zu Recht bestehen kann, oder nicht. Und glaubt

er, die in solcher Weise ihm gestellte Frage seiner gewissenhaften Ueberzeugung nach, im Anschlusse an die Aussprüche bewährter Rechtslehrer oder eine in bestimmtem Umfange herrschende Praxis, bejahen zu können, so setzt er sich so wenig im einen, wie im andern Falle einer, nur durch den Vorwurf einer Verschuldung zu begründenden Verantwortung aus, wenn etwa ein anderer Richter, vom Standpuncte der entgegenstehenden Ansicht anderer Rechtslehrer und einer dieser huldigenden Praxis aus, dasjenige Geschäft, welches er durch seine Bestätigung oder durch seinen Urtheilsspruch als gültig anerkannt hatte, für ungültig erklärt hat, und dadurch die Partei, welche seinem Urtheile vertrauete, zu Schaden gekommen ist. Wäre daher auch ihre, der Kläger und Appellanten, schon in der Klage aufgestellte und jetzt in der Appellations-Rechtfertigung mit besonderem Nachdrucke wieder hervorgehobene Behauptung, die A.'schen Eheleute hätten sich am 12. Mai 1828 an das Amtsgericht F. mit dem Ersuchen gewandt, die ihrem, der Kläger, Erblasser bestellte Bürgschaft der Ehefrau A. für ihren Ehemann in solcher Weise zu sollennisiren, daß sie rechtsbeständig sei, immerhin völlig richtig, oder läge dieselbe bereits erwiesen vor, so würde dies nach dem, was so eben über die Bedeutung der gerichtlichen Confirmation in Fällen der rein freiwilligen Gerichtsbarkeit bemerkt worden ist, doch hinsichtlich der jetzt abzugebenden Entscheidung insofern Nichts ändern, als sie, die Kläger und Appellanten, andererseits doch wieder zugeben müssen, daß das an das Amtsgericht F. von Seiten der A.'schen Eheleute gestellte Gesuch unmittelbar und zunächst nur auf eine, wenn auch in jenem Sinne zu ertheilende, Confirmation der außergerichtlich gefertigten und bereits von ihnen vollzogenen Schuld- und Bürgschaftsacte gerichtet und so ausdrücklich von dem Richter Nichts weiter verlangt war, als ein die Richtigkeit und Rechtsbeständigkeit der ihm vorgelegten Urkunde und des darin bezeugten Geschäfts bestätigender Ausspruch, keineswegs aber eine, unter Berücksichtigung aller nur erdenklichen Cautelen vorzunehmende, selbständige Errichtung eines neuen, von dem vorgelegten verschiedenen Bürgschaftsinstruments. Haben nun bei

dem später über die Gültigkeit dieser Bürgschaft entstandenen Processe auch die in erster und zweiter Instanz ergangenen Erkenntnisse, im Einklang mit der durch die Confirmation der Bürgschaftsacte geäußerten Ansicht der dazumal fungirenden Mitglieder des Amtsgerichts F., die Rechtsbeständigkeit derselben anerkannt, ohne daß die so urtheilenden Richter sich der dieselbe verwerfenden Entscheidung der beiden letztinstanzlichen Erkenntnisse gegenüber dem Vorwurfe der Unwissenheit oder Pflichtvergessenheit und einer darauf gegründeten Rüge ausgesetzt gesehen haben, so ist es bei der vorhin bemerkten Gleichartigkeit des in der Confirmation eines Rechtsgeschäfts und in einem Urtheilsspruche liegenden, richterlichen Ausspruches über dessen Rechtsbestand von selbst klar, daß dieser Umstand allerdings zu Gunsten des Beklagten die Entscheidung ergiebt, daß in der Mitunterschrift der fraglichen Confirmationsacte von seiner Seite keine solche Verschuldung liegt, daß er aus diesem Grunde wegen des ihrem, der Kläger, Erblasser später durch die rechtskräftig erkannte Nichtigkeit der Bürgschaft erwachsenen Schadens auf Ersatz in Anspruch genommen werden könnte.

34.

Der Mandatar haftet aus dem im Namen des Mandanten abgeschlossenen Vertrage beim Fortbestande des Mandatsverhältnisses, insoweit er aus dem Vermögen des Mandanten Deckung in Händen hat.

Vo. 286/1846.

Der Schneidermeister V. zu H. erhob unterm 21. October 1844 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Advocaten K. eine auf folgende Thatsachen gegründete Klage. In den Jahren 1839 und 1840 sei ihm der Baron H. für gelieferte Kleidungsstücke 325 Thlr. 32 ßl. N$^2/_3$ schuldig geworden. Nachdem er — Kläger — den Hofrath V. unterm 29. Juni 1841 beauftragt habe, diese Sache eventualiter mittelst Vergleiches zu ordnen, habe Letzterer mit dem Beklagten, welcher in Geschäftsverhältnissen zu dem Schuldner gestanden, verhandelt und in

Folge dessen die in der Anlage 2 der Klage beigebrachte briefliche Erklärung des Beklagten vom 13. April 1842 erhalten, welche also lautet:

Entschuldigen Sie es, daß ich ungeachtet Ihrer wiederholten Anmahnungen die V.-H.'sche Angelegenheit noch immer nicht mit Ihnen ordnete. Es waren noch so manche Gegenstände bei den höchst verwickelten Verhältnissen des Herrn Barons zu arrangiren, daß ich jetzt erst auf die V.'sche Sache zurückkomme. Die Forderung des Herrn V. beträgt nach der mir vorliegenden Specification 325 Thlr. 32 ßl. N⅔. Ich habe nur so viel Deckung, daß ich auf diese Summe Ihnen ⅔ für Ihren Herrn Principal auszuzahlen bereit bin, folglich die Summe von 217 Thlrn. N⅔, und erbitte ich mir hierüber gewogentliche Erklärung.

Er — Kläger — habe dies Anerbieten unterm 19/23. April 1842 acceptirt, seiner Mahnung ungeachtet aber keine Zahlung erhalten. Das Gesuch geht dahin, den Beklagten zur Zahlung der von demselben verheißenen 217 Thlr. N⅔ nebst Proceßzinsen zu verurtheilen.

In dem Nachtrage vom 15. März 1845 wird die Klage auf den ganzen Betrag der ursprünglichen Schuld des Barons H. (nämlich auf 325 Thlr. 32 ßl. N⅔) und zwar in Folge einer im Mai 1842 geschehenen Mahnung mit Verzugszinsen seit dem 1. Juni 1842 ausgedehnt und zur Begründung angeführt: Durch eine Mittheilung des Barons H. habe sich herausgestellt, daß derselbe den Beklagten beauftragt habe, von den für ihn erhobenen Geldern die Forderung des Klägers zu dem vollen angegebenen Betrage zu bezahlen. Auch sei demnächst in der von dem Beklagten mit dem Baron H. zugelegten Liquidation seine — des Klägers — Rechnung voll aufgeführt und der Beklagte für den Betrag derselben durch die für den Baron H. aufgenommenen Gelder vollständig gedeckt worden. Der Beklagte habe ihm bei der Offerte vom 13. April 1842 (Anlage 2) vorgestellt, daß die von H.'schen Verhältnisse höchst verwickelt seien und er nur auf ⅔ der Forderung Deckung in Händen

habe, während er doch vollständige Deckung gehabt und die Rechnung zu voll in Ausgabe gestellt habe.

In der Vernehmlassung bekämpft der Beklagte die Klage zunächst mit der **exceptio libelli inepti.** Das Obligationsverhältniß werde hergeleitet

a. aus dem Briefe vom 13. April 1842 mit dem darauf angeblich erfolgten Accepte; allein er — Beklagter — habe dort seine Eigenschaft als Mandatar des Barons von H. zu erkennen gegeben, also im Namen des Letzteren contrahirt, weshalb er nicht passiv zur Sache legitimirt sei.

b. aus dem Umstande, daß er auf den Betrag der eingeklagten Forderung Deckung vom Principalschuldner in Händen habe. Dies begründe keine Verbindlichkeit gegen den Kläger.

Die Litiscontestation ist in allen Hauptpuncten affirmativ; insbesondere gesteht Beklagter zu, daß er den Brief — Anlage 2 zur Klage — geschrieben und Kläger denselben beifällig aufgenommen habe. Auch sei es wahr, daß er dem Baron H. die Rechnung des Klägers in einer zugelegten Liquidation in Ausgabe gestellt habe. Er sei aber nicht für den Betrag dieser Rechnung durch die für den Baron H. erhobenen Gelder gedeckt. Er habe zwar Anweisung zur Erhebung mancher Forderungen des Letztgenannten erhalten, es sei aber Manches über den Betrag der gegnerischen Forderung hinaus unbezahlt geblieben. Hinsichtlich der Zinsforderung leugne er, im Mai 1842 auf die ganze Summe gemahnt zu sein.

Nachdem noch die Replik des Klägers und die Duplik des Beklagten erfordert worden, wies das erste Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 16. November 1846 den Kläger unter Verurtheilung in die Proceßkosten mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe.

Die Gründe lauten also:

Der im vorliegenden Falle angestellten Klage sind zwei verschiedene Fundamente untergelegt:

1. libellirt der Kläger [1] **act.** auf Bezahlung von 217 Thlrn. mit Zinsen zu 5 Procent vom Tage der insinuirten Klage, indem er eine Forderung von 325 Thlrn. 32 ßl. N⅔ an den

Baron von H. früher auf V. gehabt, Beklagter aber seinem, Klägers, damaligen Bevollmächtigten, dem Hofrath V. zu G., unterm 13. April 1842, erklärt, daß er seine, des Klägers Forderung von 325 Thlrn. 32 ßl. N⅔ an den Baron v. H. mit 217 Thlrn. N⅔ abmachen wolle, und sein, Klägers Bevollmächtigter, diese Offerte acceptirt habe,

2. verlangt der Kläger event. die **sub** 1 gedachten 217 Thlr. N⅔, so wie das dritte Drittheil seiner ursprünglichen Forderung von 325 Thlrn. 32 ßl. N⅔ an den Baron von H. in der Summe von 107 Thlrn. 32 ßl. N⅔ — beide Pöste mit Zinsen zu 5 Procent seit dem 1. Juni 1842 — aus dem Grunde, weil Beklagter in den Jahren 1840, 1841 und 1842 Geschäftsführer des Barons v. H. gewesen und von Letzterem den Auftrag gehabt habe, dessen Schuldrechnungen, namentlich auch seine, des Klägers Forderung von 325 Thlrn. 32 ßl. N⅔ in ihrem vollen Betrage mit den für ihn, den Baron v. H. erhobenen Geldern zu berichtigen, Beklagter auch in der mit Letzterem zugelegten Berechnung seine, Klägers, gedachte Forderung zu voll in Ausgabe gestellt, dennoch aber, wiewohl er durch die für den Baron v. H. erhobenen Gelder vollständig gedeckt sei, an ihn, Kläger, nichts ausgezahlt habe.

Den Zinsanspruch begründet Kläger darauf, daß Beklagter im Mai 1842 von seinem, Klägers Bevollmächtigten, auf Auszahlung dieser Pöste gemahnt sei. Allein beide Fundamente sind zur Begründung der erhobenen Klagen nicht ausreichend. Denn

ad 1 gesteht Kläger selbst zu, daß der Beklagte in den Jahren 1840, 1841 und 1842 Mandatar des Barons v. H. gewesen ist. Wenn nun Beklagter mit dem Kläger oder dessen Bevollmächtigten in der angegebenen Art unterhandelte, so handelte er an und für sich allemal in den Grenzen seines Mandats, indem der theilweise Erlaß der Forderung von Seiten des Klägers zum Vortheil des Mandanten gereichte. Auch geht aus den Worten des vom Kläger selbst beigebrachten Schreibens des Beklagten, „daß er, Beklagter, nur noch so viel Deckung habe,“ zur Genüge hervor, daß Beklagter

sich durch die fragliche Offerte überall nicht zu einer Zahlung aus eigenen Mitteln verbindlich, sondern dem Bevollmächtigten des Klägers nur Vorschläge in Bezug auf die Art und Weise der verheißenen Zahlung machen wollte. Daraus aber ergiebt sich nach den heutiges Tages geltenden Rechtsgrundsätzen, daß Beklagter von dem Kläger aus der abgeschlossenen Vereinbarung auf Zahlung des Verheißenen nicht anders in Anspruch genommen werden könnte, als wenn das Mandatsverhältniß, in Folge dessen Beklagter gehandelt hatte, noch bestand, und derselbe so viel aus dem Vermögen seines Mandanten in Händen hatte, daß er damit den Kläger wegen dessen Forderung befriedigen konnte. Beides aber ist von Letzterem mit genügender Bestimmtheit nicht behauptet worden.

ad 2. Der Regel nach begründet ein Vertrag, wenn er auch zum Vortheile eines Dritten abgeschlossen, an und für sich nur Rechtsverhältnisse unter den Contrahenten selbst, der Dritte also, welcher den Vertrag nicht abgeschlossen, kann keine Klage auf Erfüllung erheben.

Zwar existiren von dieser Regel einzelne gesetzliche Ausnahmen, allein von selbigen trifft im vorliegenden Falle keine zu.

Wenn nun diesemnach auch der Baron v. H. den Betrag seiner ganzen Schuld, womit er dem Kläger verhaftet war, dem Beklagten baar eingehändigt und denselben beauftragt hatte, die eingehändigte Summe dem Kläger zuzustellen, so würde Letzterer eine Klage gegen den Beklagten auf Auszahlung des entgegengenommenen Geldes immer nur dann haben anstellen können, wenn ihm der Baron von H. seine Ansprüche gegen den Beklagten ausdrücklich cedirt hätte, denn eine **ipso jure** geschehene Cession von Seiten des Barons v. H. an den Kläger kann hier deshalb nicht angenommen werden, weil Letzterer den Ersteren nicht zu einer Cession seiner Rechte gegen der Beklagten zwingen, sondern nur Zahlung seiner Rechnung überhaupt, gleichviel auf welche Weise solche von dem Baron v. H. beschafft wird, in Anspruch nehmen kann.

Auf Appellation des Klägers reformirte das Oberappellationsgericht unterm 21. Oct. 1847 dahin:

Daß Beklagter **sub poena executionis** schuldig, dem Kläger binnen drei Wochen $^2/_3$ der libellirten Forderung mit 217 Thlrn. N$^2/_3$ und Verzugszinsen darauf zu 5 Procent **pro anno** seit dem 1. Juni 1842 zu bezahlen, und die in erster Instanz erwachsenen Kosten — — gegen einander aufgehoben werden.

Gründe.

1. Inhalts des Nachtrages zur Klage ist Beklagter in den Jahren 1840—1842 Geschäftsführer des Barons v. H. gewesen, und zwar hat er, als solcher, Gelder für letzteren erhoben und den Auftrag gehabt, Schuldrechnungen desselben, insbesondere die klägerische Forderung voll davon zu bezahlen. Wenn Kläger nun in der Klage anführt, sein Bevollmächtigter habe in Betreff der fraglichen Schuld des Barons v. H. mit dem Beklagten, welcher in Geschäftsverhältnissen mit demselben gestanden, verhandelt, und Beklagter in Folge dessen die **in adj.** 2 der Klage befindliche, acceptirte Erklärung abgegeben, so ist offenbar mit letzterem, als dem Mandatar des Barons v. H., verhandelt und abgeschlossen. Dasselbe geht aus den Worten der gedachten Anlage 2 hervor, indem Beklagter darin die B.-H.'sche Angelegenheit nunmehr ordnen zu wollen erklärt.

2. — Allerdings ist richtig, daß derjenige, welcher als Mandatar contrahirt, die daraus entspringende Klage nach heutigem Rechte regelmäßig nicht aufzunehmen hat. Auch hat Beklagter, da er Auftrag gehabt, die ganze Schuld zu berichtigen, innerhalb seiner Vollmacht gehandelt, wenn er verheißen hat, $^2/_3$ derselben auszuzahlen.

3. — Aber es bemerkt schon die vorige Sentenz richtig, daß die Klage auch nach heutigem Rechte gegen den Bevollmächtigten gerichtet werden dürfe, wenn das Mandatsverhältniß, in Folge dessen selbiger gehandelt, noch bestehe, und er so viel aus dem Vermögen seines Mandanten in Händen habe, daß er damit den Kläger befriedigen könne. Am wenigsten unterliegt

diese Ausnahme dann einem Bedenken, wenn der Auftrag gerade dahin ging, aus dem, beim Mandatar befindlichen Vermögen des Mandanten den Gläubiger zu befriedigen, und der Bevollmächtigte letzterem Solches zusicherte. In solchem Falle hat sich der Mandatar dem Gläubiger geradezu verbindlich gemacht, den Contract zu erfüllen, so weit ihm dazu von seinem Mandanten die Mittel angewiesen worden, und so lange der Zahlungs-Auftrag nicht erloschen sei.

4. — Die Bedingungen dieser Ausnahme sind hier vorhanden. Denn

a. partes sind darüber einig, daß Beklagter vom Baron v. H., für welchen er Gelder zu erheben gehabt und erhoben, den Auftrag, damit den Kläger zu bezahlen, angenommen, jedoch bis jetzt nicht ausgerichtet habe. Auch führt Beklagter nicht an, daß das Mandat sonst erloschen sei. Es besteht also noch und man kann, da Beklagter dem Baron v. H. die klägerische Forderung als bezahlt berechnet hat, bei redlichen Intentionen des Beklagten nur annehmen, daß er sie annoch berichtigen wollen.

b. Ferner motivirte Beklagter in dem von ihm anerkannten Schreiben vom 13. April 1842 seine Offerte, dem Kläger $^2/_3$ seiner Forderung auszuzahlen, dadurch, daß er nur noch so viel Deckung habe, erklärte sich also gerade mit Hinweisung und Rücksicht auf die bei ihm vorhandene Deckung zur Zahlung bereit, und so ward klägerischer Seits die Offerte acceptirt.

c. Daß er auf $^2/_3$ der Forderung Deckung habe, sagt sein erwähntes Schreiben bestimmt, und diese seine eigene Angabe muß gegen ihn zu Grunde gelegt werden, weil er darauf hin die Acceptation seiner Offerte erreichen wollte und erlangte. Auch hat er die Richtigkeit seiner Angabe nicht in Abrede gestellt; denn wenn er in der Litiscontestation leugnet, für den Betrag der klägerischen Rechnung durch die, für den Baron v. H. erhobenen Gelder vollständig gedeckt zu sein, so besteht hiemit sehr wohl, daß er dadurch auf $^2/_3$ gedeckt worden. Desgleichen steht daraus, daß er geständlich in der mit seinem Mandanten zugelegten Berechnung über die für denselben gehabte

Einnahme und Ausgabe den Posten, der Wahrheit zuwider, als verausgabt aufgeführt hat, — in Mitbetracht, daß er es an jeder anderweitigen Aufklärung darüber hat fehlen lassen, namentlich nicht hat behaupten mögen, daß und wie sehr er nach jener Rechnung im Vorschuß sei —, nur zu entnehmen, daß er die zur Befriedigung des Klägers erforderliche Summe von der Einnahme gekürzt und zurückbehalten habe. Die Anführung in den Exceptionalen, es sei noch Manches über den Betrag der klägerischen Forderung hinaus unbezahlt geblieben, enthält eben so wenig ein Anderes, als sonst eine spätere Veränderung der Verhältnisse aus den Vorträgen des Beklagten ersichtlich wird.

5. — Demnach ist Beklagter schuldig, dem Kläger die verheißenen 217 Thlr. N⅔ zu zahlen und zwar mit Verzugszinsen zu 5 Procent pro anno seit dem 1. Juni 1842 da er auf die Behauptung des Letzteren, ihn unterm 9. Juni 1842 gemahnt zu haben, nur geleugnet hat, daß dies auf die ganze libellirte Summe geschehen sei, auch die Anlage 3 ad [1] Cancell., welche Kläger für eine Antwort auf diese Mahnung ausgegeben, ohne Weiteres anerkannt hat.

6. — Dagegen ist die Beschwerde des Appellanten, insoweit sie das übrige Drittheil der libellirten Forderung betrifft, verwerflich. Denn hinsichtlich desselben hat ihm Appellat Zahlung nicht versprochen. Der Umstand aber, daß letzterer ihm bei der Offerte vom 13. April 1842 wahrheitswidrig vorgestellt, wie er nur noch auf ⅔ Deckung habe, ihm auch verschwiegen, daß er beauftragt worden, den Kläger ohne Abzug zu befriedigen, ist zur Begründung der Klage schon deshalb nicht ausreichend, weil nicht angegeben ist, daß und wie Kläger durch dieses Verhalten in Schaden gekommen. Auch ist darin, daß Beklagter dem Baron v. H. den Posten ganz berechnet hat, so wenig eine Bereicherung des ersteren überhaupt, als eine Bereicherung mit dem Schaden des Klägers zu befinden. Diesem kann dadurch kein Schaden entstanden sein, und reicher geworden ist Beklagter nicht, weil er seinem Mandanten zur Restitution verpflichtet bleibt. Im Uebrigen genügt eine Verweisung auf den Grund ad 2 der vorigen Urthel.

35.

Zum Begriff der für die actio aquae pluviae arcendae entscheidenden Vetustas gehört das Requisit der Unvordenklichkeit. Ba. 777/$_{1854}$.

Der Gutsbesitzer v. B. auf W. hatte gegen mehrere an sein Gut grenzende Bauern bei dem Patrimonialgericht P. die actio aquae pluviae arcendae erhoben, weil dieselben einen auf ihrem Grund und Boden befindlichen Graben zugeworfen hatten, welcher angeblich seit unvordenklicher Zeit zum Abfluß des Wassers auf einem, theils auf Klägers, theils auf der Beklagten Grundstücken befindlichen Moor nach der Seite der Letzteren hin gedient hatte. Beim Leugnen der Beklagten wurde dem Kläger durch ein von der Jüristenfacultät zu Berlin eingeholtes Erkenntniß de publ. 21. Nov. 1853 in erster Instanz der Beweis auferlegt, daß das Wasser des fraglichen Moors seinen Abfluß nach dem Acker der Beklagten hin durch einen auf demselben seit unvordenklichen Zeiten befindlichen Graben genommen habe, bevor solcher durch die Beklagten im Jahre 1852 zugeworfen worden und

daß hierdurch in dem Moore, wenn es von Regenwasser anschwillt, das Wasser sich aufstaut, auf Klägers Acker übertritt und demselben Schaden zufügt oder befürchten läßt. Mit dieser Beweisauflage erklärte sich das Oberappellationsgericht durch das Erkenntniß vom 15. Oct. 1855 einverstanden, indem es die Nothwendigkeit eines auf den unvordenklichen Bestand des Grabens gerichteten Beweises folgender Maßen begründet:

— — — — — — — — — — — — —

2. — Von den beiden vorigen Erkenntnissen ist zutreffend angenommen worden, daß der Kläger auf den Fortbestand des streitigen Grabens als eines opus manufactum, nur unter der Voraussetzung der Unvordenklichkeit einen Anspruch habe. Die l. 2 pr. D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39, 3) bezeichnet die lex, die natura loci und die vetustas als die drei Gründe, aus welchen das niedriger gelegene Grundstück zur Aufnahme des von dem oberen kommenden Regenwassers

verpflichtet sei. Wenn nun zwar der Ausdruck vetustas an sich eben so unbestimmt ist, wie das deutsche Wort „Alter," und daher auch im Römischen Rechte unter verschiedenartigen Beziehungen [z. B. auf die Zeit von 40 Jahren in der l. 2 C. Th. de longi temp. praescr. (4, 13) und in der l. 7 C. de fundo rei privatae (11, 65)] angewandt wird, so ergiebt sich doch aus dem weiteren Inhalte der l. 2 D. cit. selbst, daß bei der actio aquae pluviae arcendae für die Begründung des Anspruches auf den Fortbestand einer bestimmten menschlichen Anlage nur eine unvordenkliche vetustas in Betracht kommt. Schon im §. 1 wird nämlich der Ausdruck fossa vetus mit den Worten: „nec memoriam exstare" erklärt, und sodann bei den specielleren Erörterungen im §. 3 und §. 7 nur ein unvordenkliches Werk dem opus jure oder publica auctoritate factum gleichgestellt. Von Bedeutung ist ferner, daß Paulus im §. 8 zur Untersuchung des Begriffes der Unvordenklichkeit übergeht, was offenbar zwecklos wäre, wenn für die von ihm behandelte actio aquae pluviae arcendae schon eine vetustas entscheidend wäre, welcher das Prädicat der Unvordenklichkeit nicht zukäme. Endlich erklärt derselbe Paulus in der l. 23 §. 2 eod. es für eine Bedingung für die Klage auf Wegnahme der daselbst näher bezeichneten Dämme, si memoria eorum exstet et si fieri non debuerunt, was doch nur den Sinn haben kann, daß der Anspruch auf Wegnahme jener schadenden Dämme dann begründet sei, wenn dieselben der Unvordenklichkeit entbehrten und ihre Anlage auch sonst nicht durch einen Rechtsgrund gestattet sei.

3. — In Uebereinstimmung mit v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 4, S. 488 hat sich daher mit Recht von der Pfordten (in Schneider's kritischen Jahrbüchern Bd. 14, S. 591 ff.) gegen die Ansicht von Schmidt von Ilmenau (Civilistische Abhandlungen S. 169 ff.) erklärt, derzufolge es für die actio aquae pluviae arcendae nicht auf die Unvordenklichkeit ankommen, sondern schon ein unbestimmtes (im einzelnen Falle hinsichtlich seiner Dauer vom richterlichen Ermessen abhängiges) Altsein genügen soll. Nicht ohne Schein

beruft sich zwar Schmidt auf die auch vom Kläger vielfach urgirte **l. 2, §. 4 h. t.**, in welcher es heißt:

Apud Ateium vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive exstet fossae memoria, sive non exstet, quod et ipse puto probandum —

und zwar versteht er die Stelle dahin, daß der untere Nachbar den Graben reinigen müsse, es möge der letztere ein unvordenklicher oder sonst nur ein alter sein. Bei genauerer Prüfung stellt sich aber diese Auslegung als unstatthaft dar. Zunächst kann schon der Supposition nicht beigestimmt werden, daß hier von einer Reinigungspflicht des unteren Nachbaren die Rede sei und hat bereits die Glosse mit Recht die Worte: **fossam ex qua ad inferiorem descendit**, von einem auf dem oberen Grundstücke befindlichen Graben verstanden. Denn abgesehen davon, daß durch die entgegengesetzte Annahme jeder consequente Fortschritt in der Entwickelung des Paulus vernichtet und demselben ein unlogisches Zurückspringen auf den, schon im §. 1 behandelten Fall untergelegt wird, liegt es nach der Wortfassung am nächsten, den zum Reinigen verpflichteten **vicinus** als den Nachbaren des niederen Grundstückes, zu welchem das Wasser hinabläuft, aufzufassen. Es handelt sich demnach um das Klagerecht des unteren Nachbaren gegen den oberen, als dessen Voraussetzung nach der allgemeinen Bedeutung der **actio aquae pluviae arcendae** in Gemäßheit der **l. 1, §§. 13** und **21 h. t.** zu denken ist, daß das Wasser, welches nicht mehr durch den verstopften Graben laufen kann, durch anderweitiges Hinabrinnen schade.

Ferner ist es unrichtig, wenn Schmidt die Worte: „**sive non exstet,**" von einem Graben versteht, auf dessen Bestehen der Nachbar auf Grund der **vetustas** ein Recht hat. Klar ist freilich, daß der Jurist auch mit diesen Worten auf einen Graben von gesichertem Rechtsbestande hinweist; allein eben hieraus folgt nur, daß diese mit dem Voraufgehenden in Gegensatz gestellten Worte bestimmt sind, einen Graben zu bezeichnen, dessen Rechtsbestand auf einem anderen Grunde, als

auf der Unvordenklichkeit beruhet. Daß ein nicht bis zur Unvordenklichkeit hinaufreichendes Alter zu solchem Zwecke genüge, wird mit keinem Worte gesagt, und ergiebt sich vielmehr aus dem, in der l. 2 cit. princ. und §. 3 Gesagten die Beziehung auf den Rechtsgrund der **lex** oder **publica auctoritas** als nothwendig, wie Paulus im §. 7 auch die **fossa jure facta** derjenigen, **cujus memoria non exstat** entgegenstellt. Der Versuch des Klägers, auf Grund der bisher betrachteten **l. 2 §. 4 h. t.** dem unteren Nachbaren ein Klagerecht auf den Fortbestand eines jeden, augenblicklich bestehenden Grabens zu vindiciren, ist so haltungslos, daß eine specielle Widerlegung desselben als unnöthig erscheint. Auch läßt sich aus der Verordnung vom 31. Juli 1846 nichts Weiteres zu Gunsten des Klägers ableiten, da der hier zur Frage stehende Graben, welcher auf dem Gebiete der Beklagten angelegt ist und nicht einmal unmittelbar bis zu demjenigen des Klägers führt, keinen Falls zu den im Gesetze bezielten Wasserwegen zu zählen ist.

36.

Die Alimentationsverbindlichkeit des unehelichen Vaters geht auf dessen Erben über. Ma. 582/1855.

Die Justiz-Canzlei zu Schwerin hatte die Klage eines unehelichen Kindes gegen die Erben des unehelichen Vaters unterm 11. October 1855, insoweit dieselbe auf die erst nach dem Tode des Letzteren fällig gewordenen Alimente gerichtet war, **a limine judicii** zurückgewiesen. In Folge der Querel des Klägers reformirte das Oberappellationsgericht unterm 17. Jan. 1856 auf Einleitung proceßordnungsmäßiger Verhandlung.

Gründe.

Wenn auch in neuerer Zeit Heerwart im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XIV. S. 435 ff., Bd. XVII. S. 77 ff. und in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XVII. S. 327 ff., unter Zustimmung von Vangerow's Pandecten §. 260, die Ansicht aufgestellt und durchzuführen gesucht hat,

daß die seit dem Mittelalter gewohnheitsrechtlich feststehende Alimentationspflicht des unehelichen Vaters auf einer durch die Rechtslehrer und den Gerichtsgebrauch bewirkten ausdehnenden Erklärung der im geschriebenen Rechte enthaltenen Alimentationspflicht des ehelichen Vaters beruhe, daß der Grund derselben in dem, zwischen dem außerehelichen Vater und dem unehelich geborenen Kinde bestehenden natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse zu suchen sei, und daß folgeweise diese Alimentationspflicht, gleich der des ehelichen Vaters, auf die Erben, als solche, nicht übergehe, sondern bei dem Tode des Stuprators mit dem Wegfall dieses ihres Grundes erlösche; und wenn auch ferner durch die betreffenden Ausführungen dieses Schriftstellers, gleichwie durch diejenigen in v. Schröter's in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. V. S. 303 ff. die in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts entstandene, hauptsächlich zum Zweck der Beseitigung der **exceptio plurium constupratorum** aufgekommene und ausgebildete Ansicht, daß der Grund dieser Verbindlichkeit aus einem Delict herzuleiten sei, für widerlegt zu halten, obwohl keinesweges schon beseitigt worden ist, so hat doch in ersterer Beziehung, Heerwart gegenüber, Schömann in der letztangeführten Zeitschrift, Neue Folge Bd. I. S. 117 ff., in überzeugendster Weise dargethan, daß jene im Anschluß an die vermeintlichen Bestimmungen des **cap. V. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium** (4, 7) zur Herrschaft gelangte, Ansicht von der Alimentationspflicht des außerehelichen Erzeugers hinsichtlich unehelicher Kinder aller Art durch Doctrin und Praxis nicht nach Analogie der über die Alimentation ehelicher Kinder im Römischen Rechte geltenden Bestimmungen sich gebildet hat, sondern auf einer unmittelbaren Uebertragung derjenigen Bestimmungen beruhet, welche Justinian in der **Nov. 89 cap. 12, §. 6** bezüglich der Alimentation der **naturales liberi** im engeren Sinne, oder der mit einer Concubine erlaubter Weise erzeugten Kinder aufgestellt hatte, wie denn auch schon **Stryk, usus modernus Pandectarum lib. XXV, 3, 2** bemerkt: „**Postquam autem concubinatus in foris nostris extra matrimonium non datur,**

hoc ipsum, quod de naturalibus dispositum est, ad spurios applicatur." Durch die angeführten Bestimmungen jener Novelle wird aber den naturales liberi ein Anspruch auf Alimentation nicht bloß dem natürlichen Vater selbst gegenüber eingeräumt, sondern ebenso auch gegenüber den Erben desselben. Und wenn Justinian dabei auch zunächst den Fall vor Augen hat, daß die natürlichen Kinder durch vorhandene eheliche Kinder, oder eine rechtmäßige Ehefrau von der zugleich in bestimmtem Umfange ihnen zugestandenen Erbberechtigung an dem Nachlaß des ohne Testament verstorbenen natürlichen Vaters ausgeschlossen sind, so ist doch überall keine Nöthigung vorhanden, jenen Alimentationsanspruch auf den Fall gerade zu beschränken, da sie aus diesem Grunde eben nicht selbst Erben geworden sind. Darum ließ denn auch nicht nur die Praxis des Mittelalters den Alimentationsanspruch, welchen sie seit dem Verschwinden des rechtlich erlaubten Concubinats unehelichen Kindern aller Art gegen ihren muthmaßlichen Erzeuger gewährte, unbedenklich gegen sämmtliche Erben desselben zu, wie die zahlreichen Nachweisungen dieses Grundsatzes aus der civilistischen und canonischen Literatur des 14. bis 17. Jahrhunderts bei Colerus, tractatus de alimentis, Lips. 1672 pag. 160 seq., und bei Gonzalez Tellez, Commentaria perpetua in Decretales Gregorii IX., lib. IV. tit. 7 cap. 5 not. 4 in medio bezeugen; sondern auch bei Just. Henning Böhmer, jus ecclesiasticum Protestantium, lib. V. tit. 16, §. 14 — welcher in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts schrieb, und dessen nachhaltiger Einfluß auf die Praxis des gemeinen Rechts keiner näheren Darlegung bedarf — findet sich dieser Uebergang der Alimentationsverbindlichkeit des Stuprators auf dessen Erben als etwas rechtlich sich von selbst Verstehendes bezeichnet; und sieht endlich auch Heerwart selbst in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XVII. S. 334 ff., der bezüglichen Behauptung von Busch im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXIII. S. 223 ff. gegenüber (vergleiche auch dessen Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen §. 259), sich zu dem Geständnisse genöthigt, daß diese Praxis bis jetzt völlig

festzustehen scheine, wie denn auch aus neuerer Zeit noch ein Erkenntniß des Lübecker Oberappellationsgerichts vom 30. Juni 1840, abgedruckt in der Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen, Neue Folge Bd. I. Abth. 1, S. 212 ff., hiefür sich anführen läßt. Daß diese Praxis aber keineswegs, wie Heerwart a. a. O. meint, bloß ein Product irriger Rechtsansichten ist und deshalb einer besseren Einsicht weichen muß, sondern wirklich auf einer, durch die Zeitdauer befestigten, sicheren gewohnheitsrechtlichen Grundlage beruhet, ergiebt sich theils aus dem Obigen, theils daraus, daß wie v. Schröter a. a. O. S. 310 ff., gezeigt hat, die Annahme eines zwischen dem außerehelichen Erzeuger und dem unehelich geborenen Kinde rechtlich bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses dem neueren gemeinen Rechte eben so fern liegt, wie dem Römischen Rechte selbst; theils endlich auch daraus, daß die in der neueren Zeit erst aufgekommene Ansicht von der Entstehung dieser Alimentationsverbindlichkeit aus einem Delicte den Uebergang dieser Verbindlichkeit auf die Erben des Stupratars gerade eben so wenig erst hervorgerufen, als diese selbst festgestellt, sondern eher einen beschränkenden Einfluß auf den Umfang desselben geäußert hat: daher denn auch nicht bloß solche Schriftsteller diesen Uebergang als rechtlich geltend anerkennen, welche, wie Quistorp, Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Bd. I. S. 53 ff. und Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 482, v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen Bd. IV. Nr. 70, Duntze, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XII. S. 130 ff., Puchta, Pandecten und Vorlesungen §. 316, u. A. m., die Alimentationspflicht des Stuprators aus dem durch Verübung des außerehelichen Beischlafes begangenen Delicte ableiten, sondern auch solche, welche, wie Glück, Commentar, Bd. XXVIII., §. 1288 a. S. 183 ff., vergl. S. 207, Seuffert, practisches Pandectenrecht §. 428, Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft §. 28 und 30, Unterholzner, Schuldverhältnisse §§. 614—616, den Grund derselben in der eingestandenen, er=

wiesenen oder vermutheten Paternität des außerehelichen Erzeugers finden, indem sie dabei von der, der älteren Praxis entschieden zu Grunde liegenden, von J. H. Böhmer a. a. O. scharf ausgesprochenen Ansicht ausgehen, daß diese Verbindlichkeit als eine aus der **naturalis aequitas** entsprungene, rechtlich anerkannte **obligatio ex lege** rein vermögensrechtlicher Natur anzusehen sei, und darum auf die Erben des Verpflichteten mit dessen Vermögen zugleich übergehe.

Da nun auch die Bestimmungen der einheimischen Verordnung vom 23. Juni 1847 mit dieser Auffassung in keiner Weise in Widerspruch stehen, und eine, der gemeinrechtlichen Praxis entgegenstehende particulare Rechtsgewohnheit bis jetzt nirgends nachgewiesen ist, so konnte die — — — sofortige Zurückweisung der Klage in so weit, als sie auf die nach dem Tode des Erblassers der Beklagten erst fällig gewordenen Alimente gerichtet war, nicht ohne Weiteres als gerechtfertigt betrachtet, vielmehr mußte auch in dieser Beziehung zunächst auf Einleitung rechtlichen Verfahrens erkannt werden.

37.

Der Impetrant eines später als unrechtmäßig aufgehobenen Arrestes ist nur im Falle einer culpa zum Schadensersatz verpflichtet. — Sa. 1108/$_{1854}$.

Der Pächter St. hatte das Gut W. von dem Gutsbesitzer v. L. gepachtet und einen der jährlichen Pachtsumme von 400 Thlr. N⅔ gleichkommenden Pachtvorschuß bestellt, hinsichtlich dessen im §. 22 des Pachtcontractes bestimmt war, daß selbiger **loco poenae conventionalis** für getreue Erfüllung des Contractes haften, dem Pächter aber weder verzinset, noch von demselben abgerechnet, sondern nur dann, wenn nach beendigter Pacht Alles contractlich und inventarienmäßig abgeliefert worden, beim künftigen Abzuge restituirt oder im letzten Jahre abgewohnt werden solle. Außerdem hatte Pächter im §. 23 neben Verpfändung seines gesammten Vermögens für die getreue Erfüllung des Contractes auch noch sein Vieh und Fahrniß sammt und sonders nebst sämmt-

lichem Mobiliar und sonstigen Effecten zur speciellen Hypothek eingesetzt. Zu Johannis 1851 lief dieser Pachtcontract ab. Der Pächter hatte zu dieser Zeit das Gut Kl. T. vom Magistrat zu T. wieder gepachtet, und machte, um dasselbe rechtzeitig annehmen zu können, schon in der ersten Hälfte des Juni Anstalt, sein Mobiliar von W. dorthin zu schaffen, hatte auch schon einige Wagen voll dahin transportirt, auch zu Antoni 1851 die fällige halbjährige Pacht nicht mehr bezahlt, indem er dieselbe auf den Pachtvorschuß abrechnen zu wollen erklärt hatte. Hierdurch wegen seiner Sicherheit ängstlich geworden, trug der Verpächter bei dem Patrimonialgerichte H. darauf an:

1) daß auf eine seinem Pächter wider den Sohn des Holländers P. zustehende Forderung bis zum Betrage der jährlichen Pacht von 400 Thlrn. N⅔ Arrest gelegt werde und
2) daß dem Pächter bei angemessener Strafe untersagt werde, weiteres Mobiliar von W. zu entfernen — bis nach geschehener Abfindung mit dem Verpächter.

Zur Begründung dieser Anträge wurde hervorgehoben, daß der Pächter im letzten Jahre keine Pacht mehr gezahlt, sich mehrerer (näher angegebener) Contractswidrigkeiten schuldig gemacht habe, und dadurch ersatzpflichtig geworden sei, so daß der Verpächter dieserhalb durch den bereits abgewohnten Pachtvorschuß nicht mehr Sicherheit habe. Obwohl die Contractswidrigkeiten nicht bescheinigt waren, erkannte das Patrimonialgericht H. am 13. Juni 1851 den erbetenen Arrest auf Gefahr und Kosten des Impetranten und bestätigte denselben nach stattgehabter weiterer Verhandlung durch den Bescheid vom 17. Juni 1851, durch welchen dem Impetranten zugleich die Bestellung einer **cautio pro arresto** von 1000 Thlrn. auferlegt wurde. Aus den diesem Bescheide voraufgegangenen Verhandlungen ist nur noch zu erwähnen, daß der Impetrat die ihm vorgeworfenen Contractswidrigkeiten leugnete, der Impetrant aber in der Replik darauf erwiderte, daß sich zur Zeit noch nicht übersehen lasse, von welchem Umfange und von welcher Bedeutung sowohl die bereits hervorgehobenen, als auch die sonst noch vor und bis zur Ablieferung sich findenden Contractswidrigkeiten sein würden. Das

Resultat der Ablieferung müsse das Nähere ergeben. Bevor dieselbe geschehen sei, dürfe der Verpächter von denjenigen Sicherungsmaßregeln Gebrauch machen, welche ihm der Contract zusichere, und dahin gehöre das Mobiliar des Pächters, sowie der einjährige Pachtvorschuß, dessen Abwohnen demselben nur mit der übrigens nicht erfolgten Genehmigung des Verpächters gestattet sei. Der bereits erwähnte Bescheid des Patrimonialgerichtes H. vom 17. Juni 1851 motivirt die Bestätigung des Arrestes dadurch, daß, wie es sich auch mit den dem Pächter vorgeworfenen, nicht weiter bescheinigten Contractswidrigkeiten verhalten möge, der Verpächter vermöge des Contractes ein Recht darauf habe, daß ihm die durch den Pachtvorschuß und das verpfändete Mobiliar gewährte Sicherheit nicht entzogen oder geschmälert werde, wie dies dadurch geschehe, daß der Pächter, obwohl der Contract ihm solches nicht zugestehe, den Pachtvorschuß bereits abgewohnt und mit der Abführung seines Mobiliars aus dem Pachtstück den Anfang gemacht habe, wozu er erst nach ordnungsmäßiger Ablieferung der Pachtung für befugt gehalten werden könne.

Auf Querel des Pachters St. hob die Justiz-Canzlei zu Schwerin durch den — nicht weiter angefochtenen — Bescheid vom 21. Juni 1851 den Arrest wieder auf, weil einerseits der Impetrant nicht genügend bescheinigt, daß und in welchem Umfange ihm klagbare Ansprüche gegen den Impetraten zuständen, indem die Berufung auf den Pachtcontract allein und die daraus möglicher Weise ihm zustehenden Ansprüche zur Rechtfertigung des erbetenen Arrestes um so weniger ausreiche, als Impetrant **replicando** anstatt bestimmter Angaben darüber, in welchem Maaße Impetrat seine contractlichen Obliegenheiten unerfüllt gelassen, lediglich angeführt habe, daß sich erst bei der Ablieferung der Pachtung und der sodann vorzunehmenden genaueren Revision ergeben werde, ob derselbe seine Verpflichtungen erfüllt habe, andererseits aber auch Impetrant gar nicht einmal ausgeführt habe, daß und weshalb er hinsichtlich seiner Ansprüche durch den Wegzug des Impetraten gefährdet werde.

In Folge dieses günstigen Bescheides erhob der Pächter St. unterm 18. November 1852 bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin gegen den Gutsbesitzer v. L., als den Impetranten des aufgehobenen Arrestes, eine Schadensklage, indem er behauptete, daß er durch den Arrest genöthigt worden sei, seine neue Pachtung statt am 24. Juni 1851 erst am 30. Juni 1851 anzutreten. Das Petitum geht auf Ersatz des Schadens, welchen er durch diese verspätete Uebernahme des Gutes Kl. T. erlitten haben will. Die Klage wurde durch das Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 4. November 1854 abgewiesen. Auf Appellation des Klägers erfolgte unterm 23. October 1856 die bestätigende Entscheidung des Oberappellationsgerichts, deren Gründe folgende sind.

1. — Zwar ist in der Theorie, wie in der Praxis allgemein der Grundsatz angenommen, daß derjenige, welcher einen Arrest widerrechtlich ausgebracht hat, dem Impetraten nicht nur zur Erstattung der Kosten des Arrestverfahrens verbunden, sondern auch zum Ersatze der weiter etwa noch ihm erwachsenen Schäden verpflichtet ist, und deshalb von demselben mit einer besonderen Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden kann. Auch muß es als ausgemacht gelten, daß die Zuständigkeit dieser Entschädigungsklage rechtlich nicht weiter davon abhängig ist, ob sie in dem den Arrest als nicht gerechtfertigt aufhebenden Erkenntnisse dem Impetraten ausdrücklich vorbehalten worden oder nicht. Desto zweifelhafter ist dagegen die Frage, welches die besonderen Voraussetzungen einer erfolgreichen Anstellung dieser Klage sind.

2. — An bestimmten gesetzlichen Vorschriften hierüber fehlt es nämlich durchaus. Denn was die allein etwa hiefür in Betracht kommende Bestimmung des Reichs-Abschiedes von 1594 §. 87 betrifft, wie es „bei diesen Sachen de arrestis der Expens, Kosten, Schaden, Deterioration und Interesse halber“ gehalten werden soll, bezieht sich dieselbe, nach der ausdrücklichen Erklärung der vorausgehenden §§. 83 und 82, nicht auf diejenigen Arreste, „so von einem Richter, Magistrat, oder Obrigkeit, welche von einer dritten Person, als der Partei pro inter-

esse suo, Amt und Obrigkeit halber angerufen werden, erlangen und beschehen", sondern auf diejenigen in dem Reichs-Abschiede von 1570 §. 84 verbotenen Arreste, „quae fiunt propria authoritate sine cognitione causae", „in solchen Fällen, da einer dem Reich ohne Mittel unterworfen, durch sich selbst oder die seinen, einen andern dem Reich gleicher Gestalt ohne Mittel unterworfen, dessen Güter und Unterthanen, oder deren Güter arrestiren würde, und solch Arrest auf angebotene gebührliche Caution de judicio sisti et judicatum solvi, nicht wolle aufgehebt werden", und schreibt in dieser Beziehung unmittelbar nur vor, daß bei den in Fällen dieser Art bei dem Reichskammergerichte auszubringenden Mandatis de relaxando arresto „dieselbig Erstattung a tempore oblatae cautionis (de judicio sisti et judicatum solvi) und nicht weiter, auch kein ander Expens und Interesse, dann allein die, so ex re ipsa, geschehen und erkannt werden soll", „sintemahl es in des Arrestirten Gelegenheit stehet, die Caution förderlich zu offeriren und zu leisten;" und soll alsdann, nach der Vorschrift des Reichs-Abschiedes von 1570 §. 84, „da demselben Mandat Gehorsam geleistet, die Hauptsach, darum das Arrest angelegt, an ordentlich Recht, wie sich gebühret, auszuführen remittirt und hingewiesen werden." Eine unbedingte Verpflichtung des Impetranten eines Arrestes zum Ersatze der dadurch dem Impetraten etwa verursachten Schäden, als bloße Folge der richterlich erkannten Aufhebung desselben, läßt sich daher aus diesen Bestimmungen, auch wenn man sie, wie es in der Praxis allerdings geschehen ist, auf gerichtlich impetrirte Arreste analog anwenden will, um so weniger herleiten, als sie einmal die Frage, ob der Arrest mit Grund angelegt war, oder nicht, in das Hauptverfahren verweisen, andererseits die durch sie festgestellte Ersatzpflicht von der durch den Arrestirten geschehenen Cautionsleistung pro relaxando arresto abhängig machen, wie auch Gail tractatus de arrestis cap. XIII. näher ausführt.

3. — Eben so wenig läßt sich aber auch eine solche unbedingte Entschädigungspflicht des Arrestirenden daraus herleiten, daß unter Umständen der nachgesuchte Arrest nur dann gewährt

wird, wenn der Impetrant die Gefahr desselben durch Bestellung einer **cautio pro arresto** auf sich genommen hat. Denn, wie sich streng nachweisen läßt, ist diese Art der Cautionsleistung durch die Praxis zunächst nur im Interesse des Richters für solche Fälle eingeführt worden, wo einerseits die **causa arresti** oder die dadurch zu sichernde Forderung nicht sogleich ausreichend bescheinigt ist, andererseits aber für den Impetranten Gefahr auf dem Verzuge haftet, um jenen gegen die Nachtheile zu sichern, welchen ein übereiltes Eingehen auf die Anträge dieses ihn sodann aussetzen würde, wenn sich später herausstellen sollte, daß das gewährte Arrestgesuch in Wahrheit nicht gehörig begründet war, und er in Folge dessen, wegen des ihn treffenden Vorwurfs zu großer Nachgiebigkeit gegen das einseitige Gesuch des Impetranten, von einer Injurien- oder Syndicatsklage Seitens des Impetraten bedroht sein sollte.

Vergl. Matth. Colerus, de processibus executivis, prt. I, cap. 2 prt. II. cap. 3.
Carpzov, jurisprudentia forensis, prt. I, const. 29, def. 25.
Berlich, conclus.; prt. I, concl. 74.
Mevius, tractatus de arrestis, cap. IV., §. 15.
Martini, commentarius forens. in Johannis Georgii S. R. J. archimarescalci et Electoris ordinationem process. judic., tit. 51 §. 1. pag. 586 seq.
Brunquell, dissertatio de processu arresti etc. §. XXVII.
Holland, tractatus de arrestorum materia utiliss., cap. III. thes. VI.
G. A. Struven, dissert de arrest., thes. XLI.
Berger, oeconomia juris, lib. IV., tit. 30 III. not. 5.

Wenn daher auch immerhin diese Caution nach der anderen Seite hin zugleich dazu dienen soll, dem Impetraten gleichfalls Sicherheit für die ihm durch den Arrest widerrechtlich etwa zugefügten Schäden zu bieten, und so auch vorzugsweise auf ihn gerade bezogen wird, so ergiebt sich doch eben hieraus, daß sie keineswegs den Zweck hat, einen solchen Entschädigungsanspruch selbständig zu begründen, in der Weise, daß schon die aus irgend einem Grunde erkannte Wiederaufhebung des Arrestes zur Geltendmachung eines solchen berechtigte, sondern vielmehr bloß das mögliche Dasein eines solchen zu ihrer Voraussetzung hat,

so daß es auch da, wo sie wirklich bestellt worden ist, zur wirksamen Einklagung derselben immer noch eines näheren Nachweises solcher Thatumstände bedarf, welche die dadurch zu sichernde Forderung in concreto als begründet erscheinen lassen. Auch ist an dieser Bedeutung der cautio pro arresto durch die darauf bezüglichen Bestimmungen der Hof- und Landgerichtsordnung von 1622, II, 39, §. 2, um so weniger Etwas geändert worden, als auch sie dem Impetranten keine unbedingte Verpflichtung zur Bestellung einer solchen auferlegt hat. Mit der bei der ersten Arrestanlage häufig, und so auch im vorliegenden Falle gebrauchten Clausel, daß der Arrest „auf Gefahr und Kosten des Impetranten“ verhängt werde, verhält es sich aber nicht anders, als mit der cautio pro arresto selbst, da sie nur als deren vorläufiges Surrogat zu betrachten ist.

4. — Endlich kann aber auch eine unbedingte, bloß durch die objective Widerrechtlichkeit der geschehenen Arrestanlage begründete und durch das bloße Unterliegen im Arrestprocesse in Wirksamkeit tretende Entschädigungspflicht des Impetranten nicht durch die Analogie derjenigen Grundsätze gerechtfertigt werden, welche hinsichtlich der Verpflichtung zum Kostenersatz in unserer einheimischen Praxis maßgebend sind. Denn wenn auch immerhin die Proceßkosten dem unterliegenden Theile unter dem Gesichtspuncte des dem Sieger gebührenden Schadensersatzes auferlegt werden, so zeigt doch schon die tägliche Erfahrung, daß die durch den Proceß mittelbar und zufällig etwa verursachten Schäden rechtlich nicht nach dem gleichen Gesichtspunkte beurtheilt werden, wie die unmittelbar und nothwendig dadurch verursachten Kosten; was sich insbesondere daraus ergiebt, daß der durch den Proceß verursachte Zeitaufwand und der dadurch etwa entgangene Arbeitsverdienst bei deren Erstattung nicht mit veranschlagt wird, und ebenso der siegreiche Beklagte nicht ohne Weiteres den Ersatz der Vortheile verlangen kann, welche ihm dadurch entgangen sind, daß er während der Dauer des Streites eine ihm günstige Gelegenheit zur Veräußerung der im Streite befangenen Sache ungenutzt vorübergehen lassen mußte. Ist ihm gleich, wie der Inhalt der l. 33. D. de dolo (4, 3)

zeigt, nach dieser letzteren Seite hin ein Anspruch auf Schadensersatz nicht unbedingt abgeschnitten, so bedarf derselbe doch stets zu seiner Begründung des Vorwurfes einer dem Kläger in Beziehung auf die Erhebung des Processes selbst noch besonders zur Last fallenden Verschuldung.

5. — Die Zuständigkeit der in Frage stehenden Entschädigungsklage läßt sich daher auch nur in Gemäßheit derjenigen allgemeinen Grundsätze bestimmen, wonach unser Recht für jede Forderung dieser Art, sobald sie selbständig auftritt, es sich also nicht etwa um den Ersatz der durch die widerrechtliche Vorenthaltung einer fremden Sache, oder die widerrechtlich verweigerte Erfüllung einer anderweitig begründeten Forderung herbeigeführten Schäden handelt, außer dem rechtsverletzenden Erfolge einer aus dem freien Willen des Thäters hervorgegangenen Handlung auch noch ein bestimmtes Maaß der Verschuldung desselben erfordert, und folgeweise auch diejenigen Momente in Betracht zieht, welche unter den obwaltenden Umständen demselben zur Entschuldigung gereichen konnten. Und wenn auch manche ältere Praktiker, in strenger Festhaltung des durch das germanische Rechtsleben des Mittelalters längst verlassenen Standpunctes des Römischen Rechts, wie solcher in l. un. C. de prohibita sequestratione pecuniae (4, 4) dargelegt ist, geneigt waren, in jeder Arrestanlage, wegen der darin liegenden Umkehrung des gewöhnlichen Rechtsverfahrens, ein formelles Unrecht zu erblicken, welches seiner objectiven Beschaffenheit nach zugleich eine dem Arrestirten angethane Beleidigung und einen Fall unerlaubter Selbsthülfe, gleichsam ein Spolium enthalte, daher auch bei ausbleibender Rechtfertigung, oder nach erfolgter Aufhebung des Arrestes dem Impetraten ohne Weiteres eine Injurienklage, wie eine Entschädigungsklage wider den Richter, wie gegen den Impetranten zusprachen,

Vergl. insbesondere Petrus Peckius de jure sistendi, cap. XIII., und die von ihm angeführten Schriftsteller.

J. H. Böhmer, consultat. et decis. t. II., p. II. decisio 965.

Struven, loc. cit. thes. L.

Holland, loc. cit. cap. VII. thes. II.

Brunquell, loc. cit. §§. XXI., XXVI.,

und so auch noch der von dem Kläger so vielfach angerufene **Mevius tractatus juridicus de arrestis cap. XXIII**, in dieser Beziehung Alles auf die bloße **iniquitas arresti** abzustellen scheint: so können doch jene Aussprüche eben vom Standpuncte des Römischen Rechts aus, von welchem aus sie gemacht wurden, nur dahin verstanden werden, daß der Erfolg jener Klagen, der aus **l. 32, l. 15 §. 31 D. de injuriis (47, 10), l. 5 §. 1 D. qui satisdare cogantur (2, 8), l. 31 in fin. D. de rebus auctoritate judicis (42, 5)** abgeleiteten Injurienklage, gleichwie der aus **l. 15 §. 1 D. de judiciis (5, 1), l. 6 D. de extraordinariis cognitionibus (50, 13), pr. J. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur (4, 5)** abgeleiteten Syndicatsklage oder **in factum actio adversus judicem, qui litem suam fecit**, wie endlich der allgemein nach der Analogie der **doli actio** oder der **actio legis Aquiliae** zustehenden, aus **§. 16 J. de lege Aquilia (4, 3) l. 7 pr. D. depositi (16, 3), l. 7, §. 7, l. 33 D. de dolo (4, 3)** abgeleiteten, auf Schadensersatz gerichteten **in factum actio** von dem Dasein aller derjenigen Voraussetzungen abhängig gedacht wird, durch welche er nach Römischem Rechte bedingt ist. In diesem Sinne spricht daher auch **Mevius, loc. cit. §§. 13. 14.** sich ganz unumwunden dahin aus, daß der Erfolg der etwa anzustellenden Injurienklage von dem Beweise der bösen Absicht abhängig sei, deren Vorhandensein hier nicht von vorn herein zu vermuthen stehe, und räth demgemäß dem Arrestirten, wenn er hierüber nicht sicher sei, lieber, unter Berufung auf die Widerrechtlichkeit des Arrestes, zu der auf Schadensersatz gerichteten **in factum actio** zu greifen, erkennt aber schließlich auch in Beziehung auf diese an, daß die bloße Lossprechung von der Hauptklage, oder die Wiederaufhebung des Arrestes für sich allein noch keineswegs zur Verurtheilung des Impetranten genüge, sondern daß es auch bei dieser Klage darauf ankomme, ob dem Impetranten hinsichtlich der Erwirkung des Arrestes irgend Etwas zur Last zu legen sei, **§§. 34, 35 ibid.**, gleich wie er schon im Eingange der bezüglichen Erörterung, **§. 1 ibid.**, den Grund dieser Klagen darin setzt, daß die

Bosheit oder Leichtfertigkeit (malitia aut inconsideratio) derer nicht straflos sein dürfe, welche die ihnen gesetzlich zustehende Rechtshülfe zu fremdem Schaden mißbrauchen.

Und mit dieser, der Natur der Sache entsprechenden Ansicht stimmen auch alle diejenigen neueren Processualisten, welche sich speciell über diese Frage erklärt haben, im Wesentlichen überein, so: Danz, Grundsätze der summarischen Processe §§. 68, 69, Mittermaier, die summarischen Verfahrungsarten des gemeinen bürgerlichen Processes, 2te Auflage, Seite 246, Bayer, Theorie der summarischen Processe, §. 29, Schmidt, Handbuch des Civilprocesses, Thl. 3, Seite 140. Wenn Gesterding, Alte und neue Irrthümer, Seite 463 f., die Haftung des Impetranten im Falle des Unterliegens für eine unbedingte erklärt, so hätte er sich für diese Ansicht wenigstens nicht auf Mevius, als seinen Gewährsmann, berufen sollen.

6. — Dagegen hat die Ansicht der älteren Praktiker, daß der Arrest, als solcher, wegen des darin liegenden Eingriffes in den ordentlichen Gang der Rechtspflege, eigentlich etwas Ungehöriges sei, und daher nur unter ganz besonderen Voraussetzungen gerechtfertigt, gleichsam nur entschuldigt werden könne, allerdings die Folge gehabt, daß in Beziehung auf den Grad der für die Verurtheilung des Impetranten zur Schadloshaltung des widerrechtlich Arrestirten erforderlichen culpa auch schon ein leichtes Versehen desselben als genügend betrachtet ward. Vom Standpuncte des Römischen Rechts aus würde sich Dies zwar nicht ohne Weiteres begründen lassen; denn die Aquilische Klage ist auch in ihrer weitesten Ausdehnung immer noch auf Fälle einer durch äußeres Thun bewirkten Eigenthumsschädigung beschränkt geblieben; und wo, wie hier, die angeblich rechtsverletzende Handlung nur in der Nachsuchung der unter geeigneten Voraussetzungen Jedem angebotenen Rechtshülfe besteht, da straft dasselbe regelmäßig nur deren gewissenlosen Mißbrauch, welcher als absichtliche Chikane (calumnia), oder als Frivolität (temeritas litigandi) sich äußert, gewährt demnach in speciellen Fällen dem dadurch Benachtheiligten auch nur unter den Voraussetzungen eines dem Gegner zur Last fallenden dolus, oder einer dem

gleich zu achtenden **culpa lata**, besondere Ersatzklagen. Allein die Consequenz des in Beziehung auf die Beurtheilung des Arrestes einmal eingenommenen Standpunktes drängte mit Nothwendigkeit zu dieser Annahme hin, und je weniger man über die eigentliche Begrenzung der Aquilischen Klage im Klaren war, um so weniger trug man Bedenken, sich hiebei durch die Analogie der ihr zu Grunde liegenden Bestimmungen leiten zu lassen. Diese wird daher auch ausdrücklich angerufen von Mehlen, Anleitung zum summarischen gerichtlichen Proceß, §. 78, Heffter, System des Civilprocesses, §. 408, Strippelmann, Entscheidungen des Oberappellations-Gerichts zu Cassel, Bd. IV., Abth. I. Seite 171, Anmerk. 3. Demgemäß darf es daher auch allerdings als feststehend betrachtet werden, daß der Impetrant eines nicht gehörig justificirten Arrestes dem Impetraten wegen der dadurch verursachten Schäden nicht bloß dann ersatzpflichtig ist, wenn er den Richter absichtlich über das Dasein der rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen desselben getäuscht, sondern auch dann, wenn er Dies unabsichtlich gethan hat, indem er sich selbst oder den Richter über die Richtigkeit und den Bestand dieser Voraussetzungen nicht genügend unterrichtet und vergewissert hat. Auf der anderen Seite wird ihm aber auch ein an sich und unter den obwaltenden Umständen entschuldbarer Irrthum wieder zu Gute gehalten werden müssen, sobald dadurch seiner besonderen Richtung und Beschaffenheit nach, der Vorwurf einer ihm zur Last fallenden Verschuldung beseitigt wird; vollends dann, wenn er durch seine Angaben den Richter in den Stand gesetzt hat, sich selbst ein erschöpfendes und richtiges Urtheil über den Grund- oder Ungrund seines Arrestgesuches zu bilden.

7. — Im vorliegenden Falle hat nun der Kläger den Vorwurf des **dolus** wider den Beklagten überall nicht erhoben. Und den Vorwurf der **culpa** gründet er, unter Berufung auf die durch oberrichterliche Entscheidung anerkannte Widerrechtlichkeit des gegen ihn impetrirten Arrestes, lediglich darauf, daß dem Beklagten in Beziehung auf die Nachsuchung des Arrestes eine nicht zu entschuldigende Rechtsunkenntniß zur Last falle, indem er bei sorgfältiger Erforschung und Abwägung der die

Erfordernisse einer Arrestanlage bestimmenden Rechtsnormen sich selbst hätte sagen können, und hätte wissen müssen, daß sein Arrestgesuch ungerechtfertigt sei. Die Entscheidung des gegenwärtigen Falles kommt daher lediglich und allein auf die Frage hinaus, ob dieser Rechtsirrthum überhaupt, und ob er unter den obwaltenden Umständen entschuldbar war. Denn ist er dies, so ist damit selbstverständlich der erhobene Vorwurf entkräftet.

8. — Nun stellt zwar das Recht allerdings die Forderung auf, daß Jedermann seine objectiv vorliegenden und fest begrenzten Bestimmungen kennen soll; und wenn es auch von Niemandem dasjenige Maaß von Rechtskenntniß verlangt, welches bei dem Juristen von Fach vorausgesetzt wird, so muthet es doch Jedermann zu, daß er da, wo es, um Nachtheil von sich und Anderen abzuwehren, auf die richtige Anwendung seiner Grundsätze ankommt, beim Mangel eigener Sachkenntniß sich von einem Rechtskundigen berathen lasse. Eben daraus ergiebt sich aber auch von selbst, daß, wie auf der einen Seite unzureichende eigene Rechtskenntniß unmittelbar für sich allein keine strafbare Verschuldung sein kann, so auf der anderen Seite der Rechtsirrthum nicht bloß da entschuldbar ist, wo in schwierigeren Fällen der Beistand eines Juristen nicht zu erlangen war, sondern ebenso auch da, wo bei der Erforschung des geltenden Rechts an sich, vollends aber bei seiner Anwendung auf den gegebenen Fall auch ein geübter Jurist irren und fehlgreifen konnte. Insonderheit dieser letztere Punct, die richtige Subsumtion der Thatsache unter das objectiv feststehende Recht, bietet unter Umständen solche Schwierigkeiten dar, daß ein Irrthum in dieser Beziehung überall nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, und aus diesem Grunde sogar von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, III., Seite 327—338, die Ansicht aufgestellt ist, daß dieser Fall des Irrthums aus dem Gebiete des Rechtsirrthums in das des factischen Irrthums hinüberzuziehen sei, was zwar bestreitbar, in so fern aber jedenfalls richtig ist, als er hinsichtlich seiner Entschuldbarkeit mit diesem auf gleicher Linie steht, und so auch nur dann zur Schuld zugerechnet werden kann, wenn die fehlerhafte Subsumtion der Thatsache unter

das Gesetz eine offenbare Folge eines Mangels an gehörigem Nachdenken ist, in so fern also auf grober Nachlässigkeit beruhet.

9. — Bei der hier in Betracht kommenden Arrestanlage stand aber die Sache so, daß der Impetrant vermöge des zwischen ihm und dem Impetraten geschlossenen Pachtcontractes sehr wohl glauben durfte, ein Recht darauf zu haben, daß die ihm durch die §§. 22 und 23 desselben gebotenen Sicherheiten, welche ihm für alle aus dem Pachtverhältnisse möglicherweise während dessen Dauer etwa entspringenden Forderungen haften sollten, vor erfolgter Ablieferung der Pachtung ihm weder entzogen noch geschmälert würden, wenn auch diese Forderungen selbst nach Zuständigkeit und Umfang vor diesem Zeitpuncte sich nicht mit völliger Gewißheit übersehen ließen. Denn auf der anderen Seite war es ja auch vor diesem Zeitpunkte noch nicht völlig gewiß, ob der Pächter alle ihm aus dem Contracte obliegenden Verbindlichkeiten wirklich getreu erfüllen würde. Der Pachtvorschuß war dem Verpächter nicht bloß als Deckung für den jährlichen Pachtzins, sondern zugleich auch als Conventionalstrafe für den Fall bestellt, daß der Pächter seinen Verbindlichkeiten nicht gehörig nachkommen würde, und zwar in der Weise, daß der Verpächter sie für verwirkt erklären konnte, ohne sich dadurch seiner sonstigen Forderungen zu begeben. Und schon aus diesem Grunde, wie nach der sonstigen Fassung der darauf bezüglichen Bestimmungen des §. 22 war es mehr als zweifelhaft, ob dem Pächter das Abwohnen desselben anders als mit Zustimmung des Verpächters selbst gestattet sein sollte. Die im §. 23 des besagten Contracts neben der Bestellung einer Generalhypothek geschehene specielle Verpfändung der **invecta illata**, des in die Pachtung eingeführten Mobiliars, hat aber in so fern einen eigenthümlichen Character, als dadurch wegen des dem Verpächter eines ländlichen Grundstückes, wie dem Vermiether einer Wohnung, zustehenden juristischen Besitzes des Grundstückes, in welches sie eingebracht sind, für den Pfandgläubiger gewissermaßen ein faustpfandartiges Verhältniß am Pfandobject begründet wird. Und wie der Vermiether eines Hauses ausgesprochenermaßen die Entfernung des ihm ver-

pfändeten Mobiliars aus dem vermietheten Hause nicht eher zu gestatten braucht, als bis der Miether ihm aus dem Miethscontracte vollständig gerecht geworden ist, l. 1. pr. §. 4. D. de migrando (43, 32), so liegt es jedenfalls sehr nahe, das Gleiche auch bei der dem Verpächter eines Landgutes vertragsmäßig geschehenen Verpfändung der invecta illata anzunehmen. Faßt man hiemit noch zusammen, daß nach l. 8. §. 3, l. 10 D. qui satisdare cogantur (2, 8) der Cautionspflichtige gehalten ist, die ohne Schuld des Versicherten verloren gegangene Sicherheit, wo nöthig, wiederherzustellen, daß ebenso nach l. 14 pr. D. de pignoribus (20, 1) auch der hypothekarische Pfandgläubiger unter Umständen, noch ehe er zur unmittelbaren Geltendmachung seines Pfandrechts schreiten kann, befugt ist, sichernde Maßregeln zum Schutze desselben zu beantragen, und erwägt man, daß der dem Beklagten zustehende Anspruch auf Festhaltung der durch den Contract ihm gewährten Sicherheiten bis zum Ablaufe desselben durch den vorgelegten Pachtcontract ausreichend bescheinigt, andererseits die Gefährdung derselben durch das Verhalten des Klägers vermöge dessen eigenen Geständnisses klar gestellt war: so kann es nicht füglich zweifelhaft sein, daß der Beklagte von jeder ihn zum Schadensersatze verpflichtenden culpa freizusprechen ist, wenn er unter Darlegung dieser Gründe durch die bei dem Patrimonialgerichte D. erbetene Arrestanlage sich vor etwanigen Schäden und Weiterungen sicher zu stellen suchte. Und da er hiebei, wenn überhaupt, so doch bloß in der Subsumtion dieser facta unter die auf die Requisite einer Arrestanlage bezüglichen Rechtsbestimmungen irrte, so gereicht es ihm hinsichtlich seiner Entschuldigung allerdings zum Vortheil, daß auch der Richter erster Instanz sein Gesuch für gerechtfertigt hielt, wenn auch die Justiz-Canzlei anderer Ansicht war, und auf die Querel des Impetraten den Arrest wiederaufhob.

10. — Mit Recht ist daher die erhobene Klage von der sententia a qua schon aus dem Grunde zurückgewiesen worden, weil es in concreto an einer den Beklagten zum Schadensersatze verpflichtenden culpa fehlte. Außerdem erscheint sie aber auch noch um deswillen als unhaltbar, weil dem Kläger

nach dem von ihm selbst in [10.] act. junct., pto. arresti als Anlage A. beigebrachten Schreiben des Magistrats zu T. vom 16. Juni 1851, wenn auch die förmliche Uebergabe der Pachtung Kl. T. nur am 24. oder am 30. ejusd. geschehen konnte, doch Nichts entgegenstand, schon vor diesem letzteren Zeitpuncte, sofort nach der am 24. ejusd. ihm kund gewordenen Aufhebung des Arrestes, sein Mobiliar dorthin zu schaffen, und die Wirthschaft zu übernehmen. Wartete er dennoch hiemit bis zum 30. Juni; so fällt dies jedenfalls nicht dem Beklagten zur Last. Mithin kann derselbe auch nicht für die durch diese Verspätung dem Kläger angeblich entstandenen Nachtheile zur Verantwortung gezogen werden.

38.

Die Klage auf Erfüllung eines Adoptionsversprechens ist rechtlich unstatthaft. Ge. 253/1845.

Die Abweisung einer Klage, mittelst deren die Mutter eines Kindes die Erfüllung eines ihr zu Gunsten des Letzteren angeblich gemachten Arrogationsversprechens verlangte, wurde vom Oberappellationsgerichte durch den Bescheid vom 8. Oct. 1846 aus folgenden Erwägungen bestätigt:

— — Der entscheidendste — Grund gegen die erhobene Klage ist die gänzliche rechtliche Unklagbarkeit des angeblichen Versprechens. Nach Römischem Rechte sind alle, die persönliche Freiheit der Menschen beschränkenden Verträge, unsittlich — contra bonos mores — und daher unverbindlich und unklagbar. Dahin gehören nicht allein die Verträge, durch welche Jemand seinen Freiheitsstand — libertas — aufgeben würde, sondern auch alle Verträge, durch welche ein Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen begründet werden würde. Am deutlichsten zeigt dieses die Römische Unklagbarkeit der Sponsalien; dieselben allgemeinen Rechtsgründe führen aber auch dazu, eine Klage auf Erfüllung eines Adoptionsversprechens für rechtlich unmöglich zu halten.

Nach Römischem Rechte kann hierüber kein Zweifel sein. Aber auch die heutige Anwendbarkeit derselben Grundsätze auf den vorliegenden Fall unterliegt keinen gegründeten Bedenken. Die heutige Klagbarkeit der Verträge, als solcher, bildet nur den Gegensatz der Römischen Contractsformen; an den materiellen Bedingungen der Gültigkeit der Verträge ist dadurch an sich Nichts geändert. Diese bestehen daher, so weit sie das spätere Recht nicht speciell modificirt hat, noch jetzt fort. Eine solche Modification ist allerdings die heutige Klagbarkeit der Verlöbnisse; diese gestattet aber, auf besonderen christlich-religiösen Gründen beruhend, keine Ausdehnung auf andere, auf die Eingehung von Familienverhältnissen bezügliche Verträge. Vielmehr muß, abgesehen von den Sponsalien noch immer der in der Natur der Sache tief begründete Grundsatz festgehalten werden, daß es keinen rechtlichen Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen giebt, ein solcher daher auch nicht durch Vertrag begründet werden kann.

39.

Ueber die Convalescenz des Schenkungsversprechens unter Ehegatten. Ku. 100/1854. Strelitz.

Die Gründe des vom Oberappellationsgerichte unterm 24. Juli 1856 erlassenen Erkenntnisses enthalten hierüber Folgendes:

Die (von den Beklagten behauptete) rechtliche Unmöglichkeit der Convalescenz eines von einem Ehegatten dem anderen Ehegatten gemachten Schenkungsversprechens wird durch die Quellen des Römischen Rechts nicht gerechtfertigt; vielmehr muß aus überwiegenden Gründen, mit Puchta (Kleine civilistische Schriften, S. 332 ff.) und von Savigny (System des heutigen Römischen Rechts Bd. 4, S. 184 ff.) die allgemeine Anwendlichkeit der Convalescenz anerkannt werden. Bei der Darlegung des durch die oratio des Kaisers Severus und seines Mitregenten Caracalla rücksichtlich der Schenkungen unter Ehegatten eingeführten neuen Rechtes stellt nämlich Ulpian in der

l. 32 §. 1. D. de donationibus inter virum (24, 1) den Satz voran: Oratio — — non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas: ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis. Schon der hier gewählte Ausdruck: „ad omnes donationes inter virum et uxorem factas," wird gewiß am Natürlichsten in dem unbeschränkten Sinne verstanden, auf welchen die Worte hinweisen. Mag man aber auch als möglich zugeben, daß der Jurist nur durch den Gegensatz der vom Manne für die Frau angeschafften Sachen zu dem fraglichen weiten Ausdrucke veranlaßt sei, und in Wirklichkeit allein an effectuirte Schenkungen, insbesondere an die rerum donatio gedacht habe, so ist doch der Schlußsatz: „et obligatio sit civilis," nicht weg zu interpretiren. Von den vielen restringirenden Auslegungen dieser Worte ist allein die, neuerdings wieder von Vangerow (Lehrbuch der Pandecten, 6. Aufl. Bd. 1 S. 481) vertheidigte beachtlich, derzufolge eine schenkweise übertragene Forderung gemeint sein soll. Allein abgesehen davon, daß in der ganzen Stelle von keiner dritten Person die Rede ist, welche neben Einem oder dem Anderen der beiden Ehegatten als Subject des obligatorischen Verhältnisses zu denken wäre, reden die Worte nicht von der Uebertragung einer schon bestehenden Forderung, sondern von dem Dasein einer obligatio civilis, als der Folge der convalescirten Schenkung, was bei unbefangener Betrachtung nur von einer, durch die Schenkung hervorgerufenen obligatio civilis, d. h. von einer durch ein Schenkungsversprechen zwischen dem Schenkgeber und dem Beschenkten begründeten Obligation zu verstehen ist. Auf eine Cession, welche nach der Römischen Rechtsanschauung keine Veränderung in dem subjectiven Bestande der obligatio selbst herbeiführt, würde dieser Ausdruck nicht passen. Auf eine Delegation würde derselbe allerdings anwendbar sein; es widerspricht aber allen Regeln der Auslegung, anzunehmen, daß Ulpian hier wiederum, im Widerspruche mit dem gewählten allgemeinen Ausdrucke, einen beschränkteren Gedanken bezielt und dabei jede

Andeutung über die näheren Voraussetzungen des gemeinten speciellen Falles unterlassen haben sollte.

Noch bestimmter spricht sich, nach der überzeugenden Ausführung v. Savigny's (a. a. O. Seite 184 f.), die Ansicht Ulpian's im §. 23 desselben Gesetzes aus, indem es dort heißt: **Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habere — et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt.** In dieser aus dem lib. 33 ad Sabinum entnommenen Stelle sagt der Jurist ganz allgemein, daß sämmtliche Schenkungen, welche er als nichtig bezeichnet habe, nach der oratio gültig seien; wir besitzen aber in der l. 3 §. 10 D. de donationibus inter virum einen Ausspruch aus dem 32sten Buche derselben Schrift, in welchem der Verfasser die durch Tradition körperlicher Sachen, durch Stipulation und durch Acceptilation vollzogenen Schenkungen unter Ehegatten als nichtig aufzählt, und ist daher der Schluß unabweisbar, daß in der l. 32 §. 23 alle diese Fälle nichtiger Schenkungen als der Convalescenz fähig haben dargestellt werden sollen. Wenn v. Vangerow Gewicht darauf legt, daß im Eingange des §. 23 nur von der rerum donatio und von der durch Schulderlaß bewirkten Schenkung die Rede ist, so ignorirt er ganz, daß der Schlußsatz mit klaren Worten die voraufgehenden speciellen Entscheidungen generalisirt. Zur Beseitigung aller Zweifel dient endlich die l. 33 eod. wo Ulpian geradezu die Convalescenz der zum Zwecke der Schenkung abgeschlossenen Stipulation eines annuum anerkennt. Der Versuch, das principium dieser Stelle auf die Convalescenz der bereits empfangenen Jahrgelder zu beschränken, würde nur bei der Vertauschung der in der Florentina enthaltenen Lesart: stipulationem, mit dem Worte: „donationem", mit einigem Scheine zu vertheidigen sein; es würde aber unter dieser Voraussetzung, nach der richtigen Bemerkung Wächter's (im Archiv für civilistische Praxis Bd. 16, S. 109, Anm. 4), das entscheidende Bedenken bleiben, daß der von Ulpian offenbar beabsichtigte Gegensatz zu dem Ein-

gange (id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest) ganz verloren ginge.

Den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht bleibt demnach als Aushülfe nur die Annahme übrig, daß hier hinsichtlich der stipulatio annui eine Ausnahme von der sonst rücksichtlich des Schenkungsversprechens geltenden Regel statuirt sei. Es ist indeß nicht abzusehen, wie die Jurisprudenz zu einer solchen exceptionellen Behandlung der stipulatio annui gekommen sein sollte, wenn es als Regel der oratio Severi festgestanden hätte, daß nur die bereits vor dem Tode des Schenkgebers realisirten Schenkungen convalescirten. Die Berufung auf die in der l. 35 §. 7 D. de mortis causa donationibus (39, 6) anerkannte Einheit der stipulatio annui ist bedeutungslos, da diese Einheit keine Untheilbarkeit in sich schließt und eben so wenig der durch die angebliche Regel gebotenen partiellen Convalescenz in Bezug auf die schon empfangenen Jahrgelder ein Hinderniß in den Weg stellt. Der Gedanke v. Vangerow's, daß die Frau, welche schon solche Prästationen vom Manne empfangen hat, sich im Besitze der Rente befinde, und daß ihr daher bei der Einstellung von Zahlungen Etwas entrissen werde, ist in seiner Grundlage unrömisch und in seiner, den streng buchstäblichen Sinn des eripere festhaltenden Folgerung gezwungen. Das Ergebniß der bisherigen Ausführung scheint nun freilich durch die l. 23 de donationibus inter virum erschüttert zu werden. Derselbe Ulpian sagt dort nämlich nach dem Wortlaute der Stelle in der Compilation:

> Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

Es kann zugegeben werden, daß die zur Beseitigung des Widerspruches dieser Stelle mit ll. 32 und 33 eod. gemachten Versuche keine Befriedigung gewähren, und selbst die Erklärung v. Savigny's, derzufolge Ulpian nur die zuerst referirte Behauptung Papinian's (orationem — ad rerum donationem

pertinere) billigt, erhebliche Bedenken zurück läßt. Erkennt man äußersten Falles die Unmöglichkeit einer Vereinigung an, so kann der Vorzug der ll. 32 und 33 cit. keinem Zweifel unterliegen, da in diesen Stellen das Princip der oratio ex professo behandelt und die allgemeine Anwendlichkeit der Convalescenz mit großer Ausführlichkeit erörtert wird, während die l. 23 cit. nur einen abgerissenen Satz enthält, welchen wir im Zusammenhange der Compilation als eine bloß historische Bemerkung über die restringirende Ansicht Papinian's behandeln dürfen. Die wissenschaftliche Auslegung führt somit zu demselben Resultate, welches Justinian über diese, schon zu seiner Zeit streitig gewordene Frage in der unglossirten nov. 162 sanctionirte.

40.

Begründet die Verweigerung der ehelichen Pflicht oder die im Voraus ertheilte Erlaubniß zur Untreue eine Einrede gegen die Scheidungsklage wegen Ehebruchs?

In einem Ehescheidungsprocesse, welchen die Ehefrau wegen angeblichen Ehebruchs ihres Ehemannes erhoben hatte, berief sich Letzterer zur Elidirung der Klage darauf, daß die Klägerin sich wider seinen Willen der Erfüllung der ehelichen Pflicht entzogen und ihm überdies die ausdrückliche Erlaubniß zu dem ehebrecherischen Umgange gegeben habe, auf welchen der Scheidungsanspruch basirt war. Das Oberappellationsgericht verwarf in dem Erkenntniß vom 10. Juli 1856 den ersteren Einwand, während es den zweiten für relevant erklärte. Der bezügliche Theil der Gründe lautet also:

1. — — — — — — — — — — — Die Einrede der verweigerten ehelichen Pflicht stellt sich, in so weit sie auf den Gesichtspunkt der Compensation gegründet worden ist, ohne Weiteres als unhaltbar dar; denn es steht im protestantischen Kirchenrechte zweifellos fest, daß die Weigerung der ehelichen Pflicht nur dann als quasi desertio zur Scheidung berechtiget,

wenn durch die Erfolglosigkeit der zunächst zur Anwendung zu bringenden statthaften Zwangsmittel eine boshafte Hartnäckigkeit des widerspenstigen Theiles constatirt worden ist.

I. H. Böhmer, jus ecclesiasticum Protestantium lib. IV. tit. 19, §. 32,
Schilter praxis juris Romani in foro German. exercit. XXXVI §. 113,
Lauterbach, collegium theoretico-practicum, lib. 24, lit. 2, §. 20,
Hommel, epitome Sacri juris, cap. LIII, §. 51, und rhaps. quaest. observ. 612.
Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 26, Seite 459.
Strippelmann, Ehescheidungsrecht, Seite 148 f.

Im vorliegenden Falle hat sich aber der Beklagte bei der von seiner Frau ausgesprochenen Weigerung der ehelichen Pflicht beruhigt, ohne durch entsprechende gerichtliche Anträge auch nur den Versuch zu machen, ob ihr Widerstand durch geeignete Coercitivmaßregeln zu überwinden sei. — — — — — — — —

2. — Beklagter stellt es weiter mit Bezug auf c. 24, causa 27, qu. 2, als einen dolus dar, daß seine Ehefrau die Scheidung begehre, obwohl sie ihn durch ihre Weigerung der ehelichen Plicht zum Ehebruche verleitet habe. Die angezogene Stelle des Canonischen Rechts lautet also:

Si tu abstines sine uxoris voluntate, tribuis ei fornicandi licentiam, et peccatum illius tuae imputabitur abstinentiae.

Nach der Relation der Glosse zu dieser Stelle, verb: „imputabitur,“ und zum cap. 4 X de divortiis (4, 19), verb: „materiam,“ hat schon der Magister Johannes Faventinus das Gesetz in dem Sinne verstanden, daß dem die eheliche Pflicht verweigernden Ehegatten das Recht zur Scheidungsklage versagt werde, weil ihm der Ehebruch des anderen Ehegatten zu imputiren sei — „quia qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur“ —. Bei näherer Erwägung erweist sich diese Auslegung aber als völlig unhaltbar. Rücksichtlich der Worterklärung ist klar, daß der Ausdruck: „licentiam“ nicht im eigentlichen Sinne gemeint sein kann, da derjenige, welcher die eheliche Pflicht verweigert, damit allein noch nicht

die positive Erlaubniß zum Ehebruche des anderen Gatten ertheilt. Mit Recht nimmt daher die Glosse das Wort hier als gleichbedeutend mit occasio, und ist der wörtliche Sinn der: Wenn sich Jemand seiner Frau ohne deren Willen enthält, so giebt er ihr Veranlassung zum Ehebruche und wird ihre Sünde seiner Enthaltsamkeit zugerechnet. Hiemit ist zunächst nur ein Satz der christlichen Moral ausgesprochen, wie auch die in der Ueberschrift als Quelle citirte Schrift des Chrysostomus den fraglichen Gedanken mit Bezug auf die erste Epistel Pauli an die Korinther Cap. VII, V. 5 nur vom sittlichen Standpunkte aus entwickelt. Daß dieser Satz der christlichen Moral zugleich für das Recht und die Disciplin der Kirche von wichtiger Bedeutung ist, leuchtet von selbst ein; als unmittelbar nothwendige Rechtsfolge ergiebt sich aus demselben aber immer nur die Unstatthaftigkeit der Enthaltsamkeit eines Ehegatten ohne die Einwilligung des anderen, und die damit zusammenhängende geistliche Verantwortlichkeit des einseitig die eheliche Pflicht verweigernden.

Vergl. c. 5 causa 33, qu. 5.

Um über diese Folgerung hinaus zu dem Resultate des Johannes Faventinus zu gelangen, bedarf man nothwendig der Annahme, daß dem Ehegatten, welchem die eheliche Pflicht versagt wird, der Ehebruch nicht als Unrecht zu imputiren sei, er vielmehr dadurch entschuldigt werde, daß ihm der andere Ehegatte durch jene Weigerung die nothwendige Stütze gegen die Versuchungen des Fleisches entzogen habe. Allein der christlichen Sittenlehre widerspricht diese Auffassung auf das Entschiedenste. Denn nach derselben ist das Verbot des außerehelichen Geschlechtsumganges ein unbedingtes, und keine Versuchung zur Unkeuschheit so groß, daß dieselbe für irgend Jemanden als unüberwindlich anerkannt werden könnte. Der eheliche Umgang bietet nur ein besonderes Hülfsmittel gegen die fragliche Sünde, so daß derjenige, welcher trotz desselben der Versuchung erliegt, als um so schuldiger erscheint; keinesweges fällt aber die Zurechnung zur Sünde bei demjenigen fort, welcher beim Mangel jenes besonderen Hülfsmittels gegen das

allgemeine Verbot unkeuscher Werke frevelt. Das Canonische Recht stellt in Uebereinstimmung hiemit jeden Ehegatten, welcher sich außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft hingiebt, unbedingt als Ehebrecher hin, und behandelt bei der Frage über das Recht zur Trennung der Ehe den Umstand als irrelevant, daß der unschuldige Ehegatte den zu Fall gekommenen Gatten früher aus dem Hause verstoßen, oder sich sonst dem ehelichen Leben entzogen hat.

cap. 4 X. de divortiis (4, 19),
cap. 6 X. de adulteriis (5, 16),
c. 22 caus. 27 qu. 2, verb: proculdubio adultera erit,
c. 16 caus. 32 qu. 5 mit der Pars Gratiani ibid.
vergl. auch cap. 5 X. de divortiis und
c. 3 caus. 32 qu. 5.

Von der späteren Doctrin ist die Lehre des Johannes Faventinus daher mit Recht verworfen worden.

Glossa ad c. 24 caus. 27 qu. 2, verb: „imputabitur,“ und ad cap. 4 X. de divortiis, verb: „materiam,“
Alberici Gentilis, disputationes de nuptiis (Hanov. 1601), lib. VI cap. 12 Seite 650.
Thomae Sanchez, de sancto matrimonii sacramento disputationes (Lugduni 1690), lib. X. de divort. disp. V. nr. 6 und 7.
Henrici Brouwer, de jure connubiorum (edit. 2, Delphis 1714) lib. II, cap. ult.. nr. 12, Seite 756.
Reiffenstuel, jus Canonicum universum (Monachi 1710), lib. IV. tit. XIX, de divort. §. III, nr. 70.
Voet, commentar. ad tit. Pandectar. de divortiis, §. 7,
I. F. Rivinus, programmata ex vario jure (Lips. 1735), progr. IV: An debitum conjugale denegando causam adulterii dans divortium nihilominus ob adulterium petere possit? Seite 21.
Lauterbach, cit. lib. 24, tit. 2, §. 15.
vergl. auch die Entscheidung des Consistoriums zu Cassel bei Strippelmann a. a. O. Seite 240.

3. — — — — — — — — — —

4. Dagegen erscheint die Einrede der ertheilten Erlaubniß als relevant. Die Genehmigung des Ehebruches von Seiten der Ehefrau kann freilich als ein **pactum turpe** dem Ehemann nie ein Recht auf die gestattete Unsittlichkeit geben. Hier steht aber auch nicht ein solches Recht des Ehemannes zur

Frage, sondern es handelt sich darum, ob die Ehefrau den von dem Letzteren begangenen Ehebruch trotz der ertheilten Erlaubniß als eine Verletzung ihrer ehelichen Rechte aufzunehmen und von diesem Gesichtspunkte aus zur Grundlage einer Scheidungsklage zu benutzen befugt ist. Die Verneinung dieser Frage rechtfertiget sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch die Erwägung, daß der Anspruch auf Scheidung aus dem Grunde des Ehebruches der unbeschränkten Privatdisposition des unschuldigen Theiles unterworfen ist, und daher der Verzicht auf die Geltendmachung des fraglichen Scheidungsgrundes gleichmäßig als wirksam anerkannt werden muß, mag im Voraus die Genehmigung ertheilt oder nachfolgend die Verzeihung erklärt sein. Bestätigt wird dies Resultat durch das cap. 6 X de eo qui cognovit consanguineam (4, 13), welches in dem hieher gehörigen Theile also lautet:

Sane ex parte tua fuit propositum, quod quidam cum muliere quadam legitime per verba de præsenti contraxit, quam postmodum a se (in) cognitam cuidam consanguineo suo tradidit, in quantum potuit renitentem. Ille vero cum ipsa, licet invita, matrimonii solennia celebravit: sed mulier, quam cito fuit reddita libertati, aufugit ab eo: et se priori viro restitui postulavit. Nos igitur inquisit. t. t. respond. quod et viro pro tam turpi facinore gravis est pœnitentia injungenda, et mulier propter publicam honestatem est monenda solicite, ut nec primum repetat, cujus consanguineus eam licet invitam cognovit: nec redeat ad secundum, cui non potest propter reatum adulterii commisceri: sed in continentia maneat, donec prior fuerit viam universae carnis ingressus. Quod si forsitam ad id induci nequiverit, vir prior cogatur redire ad ipsam et maritali eam affectione tractare, cum adulterium ei non possit objicere, qui eam adulterandam tradidit, praesertim invitam. Nam et si secundum Evangelicam veritatem nunquam, nisi propter fornicationis causam

aut vir uxorem, aut uxor possit dimittere virum; non tamen semper propter causam eandem vel uxor virum, vel vir dimittere potest uxorem, cum possit exceptione vel replicatione legitima impediri.

Der Frau, welche wider ihren Willen von ihrem Ehemanne dem Ehebrecher hingegeben worden ist, wird hier eine Einrede gegen die Scheidungsklage gegeben. Worin besteht aber das entscheidende Moment dieser Einrede? Die Glosse zu dieser Stelle (vergl. auch die Glosse zum **cap. 4. X. de divortiis, verb.: „materiam“**) legt alles Gewicht darauf, daß der Ehebruch wider den Willen der Ehefrau verübt worden sei, und rechtfertiget die Verwerfung der Scheidungsklage mit Bezug auf **can. 3 causa 32 qu. 5** durch die Erwägung, daß die unfreiwillig gemißbrauchte Ehefrau selbst keinen Ehebruch begehe. In den unterstrichenen Worten der Stelle faßt die Glosse ferner die Partikel **„praesertim“** in der Bedeutung von **tantum** auf und führt als Grund an: **quia in talibus, quae sine peccato mortali committi non possunt, mandatum non obligat.** Nach der Ansicht der Glosse ist demnach die Einrede der Ehefrau in allen Fällen, in welchen sie sich mit ihrem Willen dem Ehebruche Preis gegeben hat, zurückzuweisen, mag der Ehemann zu diesem ihrem Delicte nur entfernte Veranlassung durch seine einseitige **continentia** gegeben, oder mag er zu ihrer Verführung positiv durch seine Billigung mitgewirkt haben. Allein die in Frage stehende Stelle rechtfertigt dies Resultat nicht. Namentlich ist die Identificirung der Partikel **„praesertim“** mit **tantum** unrichtig. Bei unbefangener Prüfung ist gar nicht zu verkennen, daß der Papst die bereits durch das Voraufgehende motivirte Entscheidung durch den Zusatz: **„praesertim invitam“**, nur noch mehr bestärken will; als den hauptsächlich entscheidenden juristischen Gesichtspunkt stellt er aber in den Worten: **cum adulterium ei non possit objicere, qui eam adulterandam tradidit,“** nicht den mangelnden Consens der Frau, sondern den eigenen **dolus** des Ehemannes hin: und fordert demnach die Consequenz des vom Papste ausgesprochenen Gedankens, allgemein die Scheidungsklage desjenigen Ehegatten

zurückzuweisen, welcher den anderen zum Ehebruche verleitet, oder dies Delict des anderen durch seine Einwilligung befördert hat. Die Ansicht der Glosse hat daher mit Recht den allgemeinsten Widerspruch gefunden, und ist vielmehr mit seltener Uebereinstimmung von den älteren, so wie von den neueren Juristen — namentlich unter Bezug auf l. 47 D. soluto matrimonio (24, 3) — die hervorgehobene Consequenz der Entscheidung des cap. 6 X. cit. anerkannt worden.

Johann Andreae, commentar. in cap. 6 X. de eo qui cognovit consanguineam (4, 13),

Gonzalez Tellez, commentar. ad cap. 5 X. de divortiis (4, 19),

Albericus Gentilis a. a. O., Seite 651,

Thom. Sanchez a. a. O. lib. X. disp. V. nr. 3—5, und die daselbst angeführten zahlreichen Schriftsteller,

Henr. Brouwer a. a. O. lib. II. cap. ult. nr. 13,

Reiffenstuel a. a. O. lib. IV. tit. XIX. §. III. nr. 66 ff.,

Marci Ant. Sabelli Summa diversor-tractatuum, 1707, voc. adulterium,

Schmalzgrueber Decretalium lib. VI. expositus ad Tit. 19 §. 2, nr. 4,

Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts. Bd. 2, S. 471,

von Hartitsch, Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts §. 319, Seite 341,

Schilling, der Ehescheidungsproceß in den Sächsischen Gerichten §. 91,

Strippelmann a. a. O. S. 247 nebst den daselbst in der not. 30 citirten Schriftstellern,

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 7 nr. 192,

Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts (11te Ausg.) §. 320.

Schulte, Handbuch des Katholischen Eherechts (Gießen 1855), S. 433.

— — — — — — — — — — — — — — —

41.

Nach Lübischem Rechte ist der Ehemann auch bei beerbter Ehe verpflichtet, das Frauengut im Fall der erfolgten Scheidung herauszugeben. Po. 410/1853.

In der Sache der P.'schen Eheleute zu Hagenow erkannte das Oberappellationsgericht mittelst Urtheils vom 7. Mai 1855

den vorstehenden, von dem geschiedenen Ehemann, als Beklagten, bestrittenen Rechtssatz an und führte zur Begründung desselben Folgendes aus:

1. — Nach richtiger Ansicht wird im Lübischen Rechte das Vermögen beider Eheleute durch die Ehe nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, und tritt in Bezug auf die Substanz dieses Vermögens während der Dauer der Ehe überall keine Rechtsveränderung ein.

Pauli Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, Thl. 2, Abschn. 1, und Abschn. 2, Cap. 2, besonders §. 25 und §. 27.

Wenn Beseler, Deutsches Privatrecht Bd. 2, §. 139, für den Fall der beerbten Ehe das Gegentheil vertheidigt, so erscheint zur Rechtfertigung dieser Ansicht die Berufung auf den jedenfalls vereinzelt dastehenden Rechtsspruch des Oberhofes zu Lübeck aus dem Jahre 1489 nicht als genügend. Daß das von Pauli — a. a. O. Thl. 2, Seite 139 — hervorgehobene ausgedehntere letztwillige Verfügungsrecht des Mannes eine, über das Princip des Gesammteigenthums hinausgehende Bevorzugung desselben enthalten würde, erkennt Beseler selbst an; bei dem wirklichen Vorhandensein einer Gütergemeinschaft würde aber eine solche Bevorzugung des Mannes eine so auffallende Anomalie enthalten, daß deren Annahme nicht ohne dringende Noth für gerechtfertigt erachtet werden kann. Hinzukommt, daß nach der zweifellosen Bestimmung des Lübischen Rechts lib. II. tit. 2 art. 2, 3, 12 im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod lediglich die Existenz oder Nichtexistenz von Kindern zu dieser Zeit darüber entscheidet, ob das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes zwischen den Ueberlebenden und den nächsten Erben des Verstorbenen getheilt wird, oder ob eine Trennung Statt findet und der Erstere demgemäß sein ursprüngliches Vermögen als solches zurücknimmt, wie auch während des Bestehens der Ehe für den Fall, daß der Mann Schulden halber flüchtig wird, die Verbindlichkeit der Frau, für die erweislichen Schulden des Entwichenen zu haften, davon abhängt, ob die Eheleute dann Kinder mit einander haben.

Lübisches Recht, lib. I. tit. 5, art. 17.

Soll trotz dieser Bestimmungen angenommen werden, daß durch die Geburt von Kindern eine, auch die Substanz des Vermögens ergreifende allgemeine Gütergemeinschaft begründet werde, so gelangt man zu dem, theoretisch eben so bedenklichen, wie practisch mißlichen Resultate, daß mit dem Wegfallen der Kinder auch die allgemeine Gütergemeinschaft erlischt und für die nunmehr wiederum unbeerbte Ehe von Neuem das Princip der Sonderung der Güter maßgebend wird.

Auch entbehrt die Aufstellung des Beklagten, daß die allgemeine Gütergemeinschaft in Hagenow gewohnheitsrechtlich eingeführt sei, um so mehr eines Haltes, als er selbst die Entstehung dieses angeblichen Gewohnheitsrechtes lediglich auf ein Mißverständniß des Lübischen Rechts zurückführt.

Es steht demnach fest, daß durch die Ehe in Bezug auf die Substanz des Vermögens beider Eheleute keine Rechtsveränderung herbeigeführt wird. Die sonstigen Rechte, welche dem Ehemanne nach der Lübischen Gütergemeinschaft an dem Vermögen der Ehefrau zustehen, sind durch die Fortdauer der Ehe bedingt, und ergiebt sich daraus weiter mit Nothwendigkeit die Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe des Frauengutes für den Fall einer erfolgten Ehescheidung, indem es an allem Grunde fehlt, die Bestimmungen des Lübischen Rechts, welche sich auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod beziehen, auf den Fall der Scheidung zu übertragen.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

42.

Den wegen praesumtiven Ehebruches geschiedenen Ehegatten treffen alle bürgerlichen Strafen der Ehescheidung. Bo. 806/1855.

Eine Ehefrau, welche auf Grund der Praesumtion des **cap. 12 X. de praesumt.** (2, 23) geschieden war, beschwerte sich im Wege des Recurses darüber, daß das Gericht erster Instanz trotz Mangels an einem Beweise des angeblich von ihr be-

gangenen Ehebruches ihr bei der Scheidung die Wiederverheirathung verboten hatte. Das Oberappellationsgericht wies diese Beschwerde mittelst Bescheides vom 2. Februar 1856 aus folgenden Gründen zurück:

Wenn auch die in **cap. 12 X. de praesumtionibus** (2, 23) mit gesetzlicher Anerkennung versehene Vermuthung des Ehebruchs, auf Grund welcher ihre Ehe geschieden worden ist, für sich allein zu einer criminellen Verurtheilung wegen dieses Verbrechens nicht ausreicht, so wird sie doch in Beziehung auf die bürgerlichen Folgen des Ehebruches, als deren schwerste ja eben die Ehescheidung selbst zu betrachten ist, dem wirklich geführten Beweise gleichgeachtet. Dem entsprechend legt denn auch nicht nur jene Gesetzesstelle selbst der auf Grund dieser Vermuthung geschiedenen Ehefrau in Beziehung auf die Zulässigkeit der Wiederverheirathung die volle Strafe des wirklich begangenen Ehebruches auf, sondern hat sich auch die überwiegende Mehrzahl der bedeutendsten Juristen von jeher, im Einklang mit den hier einschlagenden Bestimmungen des Römischen Rechts, dahin entschieden, daß auch die sonstigen bürgerlichen Strafen der Ehescheidung den auf Grund dieser Vermuthung geschiedenen Ehegatten treffen.

Vergl. Glück, Commentar, Bd. XXVII., Seite 36 ff.

Und da die erstere Strafe im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit, und nicht etwa zu Gunsten des anderen Theils, über den schuldigen Ehegatten verhängt wird, so kann auch auf den Umstand kein weiteres Gewicht gelegt werden, daß ihr, der Recurrentin, gewesener Ehemann selbst in [26.] **prior.** mit dem wider sie erkannten Verbote, bis auf Weiteres sich nicht wieder zu verheirathen, sich nicht einverstanden erklärt, und auf dessen Zurücknahme angetragen hat.

43.

Uneheliche Kinder — insbesondere auch die s. g. Brautkinder — haben kein Intestaterbrecht am Vermögen des unehelichen Vaters. Bo. $462/_{1841}$ u. Di. $289/_{1856}$.

Der Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 17. December 1841 in der Sache des Tischlermeisters N. zu S., als Vormundes der W. K., wider den Gastwirth B. daselbst, enthält in Bezug auf den vorstehenden Rechtssatz Folgendes:

1. — Es fehlt für die angebliche Gleichstellung der sogenannten Brautkinder mit den ehelichen Kindern, an einem genügenden rechtlichen Grunde. Der bloße Brautstand ist nirgends der wirklichen Ehe gleichgestellt worden, und bloße Billigkeitsrücksichten vermögen die Rechtsbestimmung, daß, in Ermangelung ehelicher Descendenten, die Ascendenten des Verstorbenen zu der Nachfolge berufen sind, zum Nachtheile der letzteren nicht umzustoßen. Außerdem setzt selbst diejenige Praxis, welche den Brautkindern jenen Vorzug einräumt, den Bestand eines gültigen Eheverlöbnisses voraus.

Glück's Intestaterbfolge, edit. 2, §. 155.

und was dazu erfordert wird, das kann jetzt nur nach den besonderen Gesetzen jedes Landes beurtheilt werden. Daß das hier in Frage stehende Verlöbniß nach den inländischen Gesetzen kein gültiges, sondern ein völlig unwirksames Winkelverlöbniß gewesen ist, bedarf keiner weiteren Ausführung*). Der Grundsatz des Canonischen Rechts, daß die sponsalia de futuro durch die hinzutretende Beiwohnung zu sponsalibus de praesenti werden und dadurch die Wirkung einer gültigen Ehe erlangen, gilt für Protestanten nicht mehr, und ist selbst für Katholiken durch das Tridentinische Concilium abgeschafft worden. Sofern man indessen annimmt, daß das Letztere nur da gilt, wo die Decrete dieses Concils publicirt worden,

*) Die Entscheidung hat zur Voraussetzung das frühere — durch die Verordnung vom 18. Februar 1846 aufgehobene — Recht, welches zur Gültigkeit des Verlöbnisses die Eingehung desselben in Gegenwart von Zeugen erforderte.

cfr. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Thl. 2, Seite 318.
Uihlein, im Archive für die civilistische Praxis, Bd. 13, Abh. VI.,

in Mecklenburg aber eine solche Publication nicht erfolgt ist, kommt in dem vorliegenden Falle wieder in Betracht, daß die gedachte Bestimmung des Canonischen Rechts jedenfalls nur noch unter Katholiken anwendbar sein würde, nicht aber auf die gemischten Verhältnisse zwischen Protestanten und Katholiken, wie das hier vorliegende Verlöbniß, wo das der protestantischen Mutter folgende uneheliche Kind nicht die unter den Katholiken geltenden Rechte ansprechen kann.

2. — So wenig seine Curandin daher ein Erbrecht auf den ganzen Nachlaß ihres außerehelichen Erzeugers ansprechen kann, so wenig steht derselben das, den Concubinenkindern ertheilte Intestaterbrecht in den sextans des väterlichen Nachlasses zu. Ob dieses Erbrecht auf die, in einem factisch bestandenen Concubinate erzeugten Kinder noch jetzt anwendlich ist, kann hier unentschieden bleiben. Vielmehr genügt es hier, daß seine Curandin eine gewöhnliche spuria ist und es an haltbaren Rechtsgründen zu der Ausdehnung jenes singulären Erbrechts der naturales auf die bloßen spurii — wo nicht Landesgesetze dergleichen verordnet, was in Mecklenburg nicht der Fall — gänzlich fehlt; wie denn auch dieselbe zu allen Zeiten nicht minder bestritten, als vertheidigt worden ist,

— cfr. Mayer, das Intestaterbrecht der liberi naturales. Tübingen 1838 —

so daß weder ein allgemeiner, noch ein besonderer inländischer constanter Gerichtsgebrauch für dieselbe erweislich ist; vielmehr ist von dem Oberappellationsgerichte bereits wiederholt das Gegentheil erkannt worden.

Auch in neuester Zeit hat das Oberappellationsgericht die frühere Praxis in Betreff des Erbrechts der unehelichen Kinder festgehalten, wie die nachstehende Ausführung des in der Sache des Privatschreibers T. zu L. wider die Geschwister des wailand Inspectors D. zu P. erlassenen Bescheides vom 15. December 1856 zeigt:

Nachdem der Concubinat die demselben in dem neuesten römischen Rechte eingeräumte rechtliche Existenz durch die bekannten Verbote des kanonischen und deutschen Rechts verloren hat, fehlt es für die Bestimmungen der **nov. 18 c. 5** und **nov. 89 c. 12** über das Erbrecht der **liberi naturales** an dem Objecte einer unmittelbaren Anwendung. Die singulaire Natur dieser Bestimmungen steht der analogen Ausdehnung auf **spurii** entgegen. Ein Erbrecht der letzteren in Bezug auf das Vermögen des unehelichen Vaters würde daher nur dann anzuerkennen sein, wenn sich dasselbe als Inhalt eines Gewohnheitsrechtes nachweisen ließe. Fand das fragliche Erbrecht der **spurii** freilich schon im 16. Jahrhundert Vertheidiger und wurde es während des 17. und 18. Jahrhunderts von der **communis Doctorum opinio** anerkannt,

vergl. Mayer, das Intestaterbrecht der **liberi naturales**,

so blieb doch auch der Widerspruch nicht aus und ergiebt sich namentlich aus den Ausführungen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts zu Lübeck (in Seuffert's Archiv Bd. 6, Seite 302 ff.), in wie umfassendem Maaße der Gerichtsgebrauch gerade in Norddeutschland jene früher herrschende Ansicht reprobirt hat,

vergl. die Mittheilung über die hiermit auch in neuester Zeit übereinstimmende Praxis des Oberappellationsgerichts zu Celle bei Seuffert a. a. O. Bd. 7, S. 235.

Die Praxis der Mecklenburgischen Gerichte hat sich in demselben Sinne entschieden und ist bereits wiederholt vom Oberappellationsgerichte anerkannt worden. Daß bei dieser Sachlage ein Aufgeben des constanten einheimischen Gerichtsgebrauchs völlig ungerechtfertigt sein würde, ist ohne weitere Ausführung klar.

44.
Die Vormünder eines in Wahnsinn verfallenen Minderjährigen sind zur definitiven Antretung einer demselben deferirten Erbschaft befugt. Ho. 609/1853.

Die Vormünder des minderjährigen und geisteskranken Oekonomen A. H. klagten beim Obergerichte zu Rostock gegen den Advocaten Fr. M., als executor testamenti des verstorbenen Kaufmanns J. C. H., aus folgenden Thatsachen:

In dem Testamente dieses Kaufmanns J. C. H. seien die Kinder der bereits früher verstorbenen drei Brüder des H. zu Erben eingesetzt worden. Der Beklagte habe, als executor testamenti, dem klagenden Vormunde des Miterben A. H. im Juli 1852 die Anzeige gemacht, daß der Auslieferung des Erbtheiles des H. von resp. 10,000 Thlr. und 1333 Thlr. 16 gr. Cour. nichts im Wege stehe, sobald dem §. 7 des Testaments genügt worden sei. In diesem §. habe der Testirer die Summe von 100,000 Thaler zu einem immerwährenden Familienfideicommisse ausgesetzt. Der executor testamenti sei vom Testirer angewiesen, die landesherrliche Bestätigung des Fideicommisses nachzusuchen, worauf es im Testamente so laute:

> „Die von mir eingesetzten Erben sollen verpflichtet sein, in einer besonderen Acte die Gültigkeit und den Rechtsbestand des fraglichen Fideicommisses für sich und ihre Erben anzuerkennen. — Wer von meinen Erben die Vollziehung verweigert oder nach Verlauf von drei Monaten sie nicht beschafft hat, nachdem er vom Testamentsexecutor dazu aufgefordert worden, soll von meinem gesammten Nachlasse ausgeschlossen und so angesehen werden, als sei er, oder resp. seine eheliche Descendenz vor mir mit Tode abgegangen."

Der Beklagte habe von dem Curanden des Klägers unter obervormundschaftlicher Autorität diese Anerkennung des Fideicommisses gefordert, aber auch noch daneben die Bedingung gestellt, das Waisengericht solle in der Autorisation selbst noch die Versicherung geben, daß dem Curanden der fragliche Erbtheil nicht eher ausgeliefert werden solle, bis er den testamentsmäßigen Revers demnächst selbst ausgestellt habe. Die obervormundschaft-

liche Behörde habe zwar die verlangte Autorisation zur Ausstellung des Reverses wegen Anerkennung des Fideicommisses ertheilt, dagegen die Erfüllung jener anderen Bedingungen verweigert. Der Beklagte habe aber erklärt, daß er bis zur Erfüllung jener Bedingung den Erbtheil des Curanden nicht aushändigen werde. Abgesehen von dem nicht interessirenden Theile des petiti, welcher sich auf die Zinsen bezog, ward gebeten, dem Beklagten aufzugeben, den Betrag des Erbtheiles auszuliefern.

Der Beklagte entgegnete, indem er um Abweisung der Klage bat, excipiendo, es sei notorisch, daß der Curande H., seit geraumer Zeit während seiner Minderjährigkeit in Geisteskrankheit verfallen sei. Daher sei es wesentlich für den erhobenen Erbanspruch, ob die Vormünder für ihren Curanden bereits vor dem Eintreten seiner Geisteskrankheit die Erbschaft für ihn erworben haben. Denn der Curator eines Wahnsinnigen könne für denselben keine Erbschaft erwerben. Deshalb und wegen des sonstigen Inhaltes des Testamentes könne Beklagter ohne eigene Verantwortlichkeit nur in Folge eines rechtskräftigen Erkenntnisses die eingeklagten Erbsummen herausgeben. Er bat deshalb um Abweisung der Klage.

Das erste Erkenntniß des Obergerichts zu Rostock vom 14. April 1853 legte den Klägern den Beweis auf, daß von ihnen nomine ihres Pupillen die demselben angefallene H.'sche Erbschaft angetreten sei und zwar vor eingetretener Geisteskrankheit ihres gedachten Pupillen. Für den Fall der Erbringung dieses Beweises wurde der Beklagte schuldig erkannt, den Klägern gegen Behändigung des von denselben offerirten, unter obervormundschaftlicher Autorisation auszustellenden Reverses die libellirten auf 10,000 Thlr. lautenden Hypothekenscheine, sowie die libellirten 1333 Thlr. 16 gr. Courant zu bezahlen.

Das Oberappellationsgericht verwarf unterm 17. December 1855 die gegen das vorstehende Erkenntniß gerichteten Beschwerden des Beklagten, fand dagegen die Beschwerden der Kläger für begründet, hob den den letzteren auferlegten Beweis auf und erklärte die Verurtheilung des Beklagten, insoweit dieselbe

in dem ersten Erkenntniß von dem bezeichneten Beweise abhängig gemacht worden, für unbedingt.

Die Gründe lauten also:

1. — Der Beklagte hat wegen seiner Verantwortlichkeit als Testamentsvollstrecker ein eigenes rechtliches Interesse daran, zu wissen, zu welcher rechtlichen Wirkung er verpflichtet sein solle, den fraglichen Erbschaftstheil an die klägerische Curatel herauszugeben, ob zur bloßen interimistischen bonorum possessio, oder zu den Folgen eines wirklichen Erbschafts-Erwerbes. Die klägerische Curatel hat nun offensichtlich — insonderheit durch ihre Erklärung in [3.] prior. — den Erwerb der fraglichen Erbschaft durch wirkliche Antretung beansprucht, und bedarf es daher der bestimmten Entscheidung der Frage, ob dieselbe die Restitution des Klagobjectes von dem Gesichtspuncte eben dieses Anspruches aus zu fordern berechtigt ist.

2. — Es handelt sich im vorliegenden Falle um die Curatel über einen Minderjährigen, welcher nach der übereinstimmenden Angabe beider Parteien vor erlangter Großjährigkeit geisteskrank geworden ist, und zwar hat der vorige Richter in Anwendung der in der l. 7 C. de curatore furiosi (5, 70) für den curator furiosi gegebenen Vorschriften, dieser Curatel die Fähigkeit zum definitiven Erbschaftserwerbe von dem Augenblicke der Entstehung der Geisteskrankheit bei dem Minderjährigen an abgesprochen. Bei näherer Prüfung erscheint aber das Gegentheil aus überwiegenden Gründen als das Richtige. Nach dem ausdrücklichen Ausspruche der l. 3 pr. und §. 1 de tutelis (26, 1) wird nämlich für den Fall, daß der Unmündige oder Minderjährige vor erreichter Großjährigkeit in Wahnsinn verfällt, die Altersvormundschaft nicht durch eine cura furiosi ersetzt, sondern bleibt die Erstere unverändert bei Bestande, cum magis aetati quam dementiae tantisper sit consulendum — und muß daher nach Römischem Rechte der tutor unbedenklich für befugt erachtet werden, in Gemäßheit der l. 18, §. 2 C. de jure deliberandi (6, 30) für einen furiosus infans definitiv die Erbschaft anzutreten.

Donelli commentar. de jure civili, lib. VII., cap. 9, §. 2,
Frehse (praes. Becmann) dissertat. de adquisitione hereditatis dementi delatae, Gotting. 1772, §. 41,

Das Recht der alleinigen Erbschaftsantretung ist von Justinian weder dem **tutor** für den **impubes infantia major**, noch dem Curator für den Minderjährigen beigelegt worden. Allein im heutigen Rechte hat eine feststehende Praxis die, von Justinian nur in Bezug auf den Erbschaftserwerb für den **infans** anerkannte Vertretungsbefugniß des **tutor** ganz allgemein auf die Vormünder von Minderjährigen ausgedehnt,

Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. 2, Seite 167, 168,
Leist, die bonorum possessio, Bd. 2, Seite 315,
Arndts, Lehrbuch der Pandecten, §. 508;
vergl. auch Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandecten, Bd. 42, Seite 442, 443,

und erfordert es die Consequenz, diese Praxis auch auf die Vertretung des in Wahnsinn verfallenen Minderjährigen anzuwenden.

Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, Bd. 3, §. 183 not. 11.

An Gründen gegen die Anerkennung dieser Consequenz fehlt es gänzlich. Insbesondere stehen auch nicht die singulären Bestimmungen der **l. 7 C. de curatore furiosi** (5, 70) entgegen, da sich aus dem ganzen Inhalte des Gesetzes, namentlich des §. 3, ergiebt, daß Justinian nur die Aufgabe verfolgt, die Competenz des **curator** furiosi festzustellen.

3. — Nach Maßgabe der dargelegten Rechtssätze ist die klägerische Curatel durch die Auflage des Beweises beschwert, daß von ihr **nomine** ihres Pupillen die demselben angefallene J. C. H.'sche Erbschaft angetreten sei, und zwar vor eingetretener Geisteskrankheit ihres gedachten Pupillen.

(Der weitere Inhalt der **rat.** 3 besteht aus factischen Nachweisungen, auf deren Grund schließlich als feststehend angenommen wird, daß die klagende Curatel in Gemäßheit der ihr nach dem heutigen Rechte zustehenden Befugnisse vor Beginn des Processes für den damals noch minderjährigen Curanden eine für den definitiven Erbschaftserwerb genügende **pro herede gestio** vorgenommen habe.

4. — Auch erscheint der Revers, dessen Ausstellung die klagende Curatel dem Beklagten — — angeboten hat, zur Erfüllung des §. 7 des Testamentes als genügend, indem dieselbe — — nicht verpflichtet ist, die Versicherung des Waisengerichts beizubringen, daß dem Curanden im Falle seiner Wiederherstellung der fragliche Erbtheil nicht vor der eigenen Vollziehung des testamentsmäßigen Reverses ausgeliefert werden solle. Die bloße Möglichkeit künftiger, im vorliegenden Falle wegen mangelnder Läsion nicht einmal wahrscheinlicher, Restitution des Curanden berührt nicht den Testamentsexecutor, sondern lediglich die klägerische Curatel; wie letztere wohlbefugt unter obervormundschaftlicher Auctorisation die Herausgabe des fraglichen Erbtheils von ihm fordert, so ist er außer rechtlicher Verantwortung, wenn er dieser wohlbegründeten Forderung entspricht.

5. — — — — — — — — — — — — — — —

Das im Vorstehenden mitgetheilte zweite Erkenntniß wurde auf weitere Beschwerde des Beklagten in der Restitutionsinstanz vom Oberappellationsgerichte unterm 20. November 1856 bestätigt, nachdem sich das von der Juristenfacultät zu Leipzig eingeholte Erachten in gleichem Sinne ausgesprochen hatte. Ueber den unter den Parteien streitigen Rechtspunct enthält dies Erachten folgende Ausführungen:

Zur Vermittelung (der Prüfung der aufgestellten Beschwerden) möchte vor Allem eine genaue geschichtlich-dogmatische Untersuchung der Frage nothwendig sein, in wie fern nach dem hier unzweifelhaft zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte ein Wahnsinniger fähig sei, eine ihm deferirte Erbschaft durch Antretung zu erwerben. Daß er sie in seiner Eigenschaft als suus heres ipso jure erwerben kann, ist allerdings unbestritten. Eben so, daß er Vermächtnisse durch seine Vormünder erwerben kann. Allein hier ist eben die Rede von einer wahren Erbportion, welche dem geisteskranken Curanden der Kläger aus dem Testamente des verstorbenen Kaufmanns H. deferirt worden ist und ebenso unzweifelhaft ist es, daß A. H. zu dem Testirer in keinem Suitätsverhältnisse gestanden.

A.

Im römischen Rechte hat die Legislation sowohl, als die Rechtsansicht der Juristen über die Möglichkeit der Erbschaftsantretung von Seiten eines Bevormundeten durch seine Vormünder mehrmals gewechselt. Dabei ist jedoch zu unterscheiden:

1. Der Fall, wo der berufene Pflegling eine Person ist, welche als **impubes** unter der Tutel steht und demnach jedenfalls nur einen unvollständigen Rechtswillen hat. Hier war man zur Zeit der classischen Juristen vollkommen darüber einverstanden, daß der Tutor allein für seinen Mündel weder eine **hereditatis aditio**, noch eine **pro herede gestio** vornehmen konnte. Auch der Pupill konnte es nicht allein für sich. Doch half man sich durch den Grundsatz, daß eine **aditio** oder **pro herede gestio**, welche der Pupill vornahm, dann von Wirksamkeit sein sollte, wenn der **tutor** dabei **auctoritatem interponirte**.

l. 9 de tutor. et curator. (26, 5).

Das war aber nur dann zulässig, wenn der Pupill **infantia major**, also über 7 Jahr alt war. Denn sonst hatte derselbe noch juristisch gar keinen, auch nicht ein Mal einen unvollständigen Willen. Außerdem gestattete man auch noch dem Tutor, selbst wenn der Pupill noch **infans** war, allein für denselben die **bonorum possessio** zu agnosciren. Doch faßten die meisten römischen Juristen dieses Letztere nur als einen interimistischen Erwerb auf, für die Zeit, bis der Pupill selbst seinen Willen erklären könne.

l. 8 de bonor. possess. (37, 1),
l. 1 §. 4 de successor. edict. (38, 9).

Nur einige Juristen, wie **Mäcianus** und **Gaius**, ließen einen solchen definitiven Erwerb zu. Späterhin setzte sich das dahin fest, daß der Pupill, wenn er **infantia major** sei, **tutore auctore**, sowohl die **hereditas** antreten, als auch die **bonorum possessio** agnosciren, daß dagegen für den **pupillus infans** der Tutor allein sowohl die **hereditas**, als die **bonorum possessio** und zwar definitiv erwerben konnte.

§. 1 J. de auct. tut. (1, 21).
l. 18 §. 2 und 4 C., de jure delib. (6, 30).
Leist, die bonorum possessio, Bd. II., Seite 213 f.

2. Dieselbe Controverse finden wir im römischen Rechte in Beziehung auf den Fall, wenn einem **furiosus**, welchem ein **curator** gegeben ist, eine Erbschaft deferirt wird. Denn während einige Juristen, wie z. B. Papinian, davon ausgingen, daß dem Wahnsinnigen durch den Curator nur eine interimistische **bonorum possessio** erworben werden könnte, nahmen Andere z. B. Gaius an, daß der Curator auch definitiv die Erbschaft für den Wahnsinnigen erwerben und ausschlagen könnte.

l. 1. de bonor. possess. (37, 1),
l. 1. de bonor. possess. furios. (37, 3),
l. 51. pr. hered. pet. (5, 3).

Hier entschied zuletzt Justinian, daß nur eine interimistische **bonorum possessio** statthaft sei, welche der **curator** vorzunehmen habe.

l. 7, §. 3, C. de curat. furios. (5, 70).

Dem Wahnsinnigen wird in Gefolge dieser **bonorum possessio**, inzwischen bis er sich, nach Aufhörung seines Wahnsinns, selber über den Erbschaftserwerb erklären kann, auf Verlangen des **curator furiosi** provisorischer Besitz der Erbschaft eingeräumt. Stirbt hinterdrein der Wahnsinnige, ohne von seiner Geisteskrankheit geheilt worden zu sein, so sollen die **bona** an diejenigen fallen, welche bisher durch den Wahnsinnigen ausgeschlossen worden waren, und zwar in ihrer gesetzlichen Reihenfolge mit Rücksicht auf den Zeitpunct des Todes des Wahnsinnigen.

Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, Bd. III., §. 183, Seite 510.

Aus dieser geschichtlichen Entwickelung stellt sich hervor, als allgemeiner Grundsatz des römischen Rechtes, daß wahres definitives Erbrecht überhaupt durch einen Stellvertreter und ganz ohne Mitwirkung des Berufenen nicht erworben werden kann,

l. 90 pr. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2),
l. 50 pr. D. de adqu. domin. (41, 1).

Eine Ausnahme tritt ein nur bei dem **infans**, für welchen durch den Parens, oder den Vormund, so wie bei juristischen Personen, für welche durch ihre Beamte die Erbschaft erworben werden kann.

Puchta, Pandecten §. 497.

Damit darf natürlich

4. nicht verwechselt werden, daß der Tutor **auctoritatem interponirt**, wenn der **pupillus infantia major** antritt, oder daß der **curator** eines **minor** seinen Consens zu ertheilen hat, wenn der **minor** die Erbschaft antritt. Denn in beiden Fällen ist es ja nicht der Tutor, oder Curator, welcher für den Pflegbefohlenen antritt, sondern der Pupill, oder Minor, welche beide juristisch einen Rechtswillen haben, tritt selbst an, und es bedarf dazu nur, um der Antretung volle Wirksamkeit zu verschaffen, einer solchen Mitwirkung oder Zustimmung des Vormundes.

B.

An das Bisherige knüpft sich nun die practisch wichtige Frage, in wie weit an diesen Grundsätzen des gemeinen römischen Rechts durch das gemeine deutsche Recht etwas geändert worden ist. Es könnte nämlich

1. den Schein gewinnen, als ob der ganze eben als Regel aufgestellte Grundsatz des römischen Rechtes, daß eine Erbschaft durch einen bloßen Stellvertreter angetreten und erworben werden könne, bei uns in Deutschland überhaupt keine Gültigkeit habe, indem er bloß auf einer formellen, in Deutschland nicht mit recipirten Eigenthümlichkeit beruhe. Allein das ist eine Ansicht, welche sich sicher nicht rechtfertigen läßt. Denn wir haben das römische Erbrecht, namentlich in Rücksicht der Frage, wie die deferirte Erbschaft adquirirt wird, ein Mal recipirt und dafür, daß in Rücksicht des Erwerbes durch Stellvertreter eine Ausnahme Statt finde, läßt sich durchaus kein auch nur scheinbarer Grund anführen. Auch hängt die von dem römischen Rechte ausgesprochene Unmöglichkeit des Erwerbes einer deferirten Erbschaft durch einen bloßen Stellvertreter keineswegs zunächst

mit einer bloßen Formalität zusammen, namentlich nicht mit der ehemaligen formellen cretio,

Puchta a. a. O. §. 497 not. f.,

sondern vielmehr mit der consequent durchgeführten Ansicht, daß das Erbrecht, d. h. die Befugniß, eine einem deferirte Erbschaft zu erwerben, ein höchst persönliches Recht ist, ferner damit, daß, um die Erbschaft antreten zu können, der Berufene selbst über die Hauptpunkte der erfolgten Delation in concreto, namentlich darüber, daß der Erblasser bereits verstorben, daß und in welcher Art, die Delation erfolgt sei, u. s. w. klare Wissenschaft haben muß.

Leist a. a. O. Seite 311.

Darum muß der Berufene, um antreten zu können, eigene Willensfähigkeit haben und deshalb ist Antretung durch einen Stellvertreter unzuläßig. Das römische Recht selbst macht allerdings davon Ausnahmen, wie oben gezeigt wurde, allein diese erscheinen eben, wie die Römer selbst klar aussprechen, bloß als singuläre Ausnahmen. Daher dürfen auch dieselben nur als solche behandelt und nicht zur Regel erhoben werden.

2. Nur in Einem hierher gehörigen Puncte scheint das gemeine Deutsche Recht hierbei etwas weiter zu gehen, als das römische Recht. Es wird nämlich sehr allgemein behauptet, daß heut zu Tage unbedenklich Vormünder von Unmündigen und Minderjährigen für ihre Pflegbefohlenen ebenso und in derselben Art Erbschaften antreten können, wie nach römischem Rechte der tutor für den pupillus infans. Zwar möchten gerade diese Gründe, welche man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, keineswegs als durchschlagend erscheinen. Denn, wenn man sich darauf beruft, daß heut zu Tage aller Unterschied zwischen einem impubes und einem minor deshalb weggefallen sei, weil gewöhnlich dieselbe Person, welche bisher tutor des Unmündigen war, nach erreichter Mündigkeit des Letzteren immer noch Vormund des Minderjährigen bleibe, ohne einen Personenwechsel in der Vormundschaft, so folgt daraus noch keinesweges, daß damit zugleich aller sonstige Unterschied zwischen den verschiedenen Altersstufen, der infantia, der impubertas und der minor aetas hinweg-

gefallen sei. Wenn ferner darauf Gewicht gelegt wird, daß man heut zu Tage den Vormund überall allein zulasse auch bei Rechtsgeschäften, bei welchen das römische Recht ausdrücklich verlangt, daß der Pupill selbst, tutore auctore, handelnd auftreten müsse, so unterliegt auch das, einer strengeren Theorie nach, sehr großen Zweifeln. Dagegen kann man sich allerdings nicht ohne Grund auf den Umstand berufen, daß, wenngleich nach römischem Rechte der Vormund als solcher für sich allein die **hereditas**, welche dem Pflegbefohlenen deferirt worden nicht adquiriren, also keine **hereditatis aditio** vornehmen kann, ihm dennoch gestattet wurde, für seinen Pflegbefohlenen die **bonorum possessio** zu agnosciren.

l. 11 de auct. et cons. (26, 8),
l. 7, §. 1, 8, 11 de bonor. poss. (37, 1),
l. 65, §. 3 fin. ad Sct. Tertull. (35, 1),
l. 18, §. 2 und 4 C. de jur. delib. (6, 30),
von Löhr in seinem Magazin Bd. III., Heft 1, Seite 59.

Nun ist es aber bekannt, daß man heut zu Tage auf die Verschiedenheit der Form zwischen der **hereditatis aditio** und der **agnitio bonorum possessionis** sehr wenig Gewicht legt, so daß beides oft in derselben Form geschehen kann. Daher haben auch nicht bloß manche Particularrechte, z. B.

Landrecht für Hohenlohe II., 5, §. 2,
Frankfurter Reformat. VI., 1, §. 6,
Preuß. Landrecht I., 9, §. 390,
Oesterr. Landrecht §. 233, 805,

ausdrücklich die Befugniß der Vormünder, für ihren unmündigen oder minderjährigen Pflegbefohlenen Erbschaften anzutreten, sanctionirt, sondern es beruht auch diese Befugniß nach den Zeugnissen der Practiker sowohl, als der Theoretiker, auf einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechte oder Gerichtsgebrauche.

Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. II., Seite 167.
Leist a. a. O. Seite 315.
Glück, Erläuterung der Pandecten in der Fortsetzung von Mühlenbruch, Bd. XLII., Seite 443.
Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, Bd. III., §. 183, Seite 507 f.

Welche besondere Gründe noch für den Fall eintreten, wenn der unter Altersvormundschaft stehende ein **furiosus** ist, wird sich weiter unten unter C. zeigen.

3. Auf keinen Fall leidet das bisher Bemerkte Anwendung auf den Fall, wo einem unter der **cura furiosi** stehenden Geisteskranken die Erbschaft deferirt worden ist. Denn, wenn wir auch in der Praxis annehmen müssen, daß die Altersvormünder für ihre Mündel eine Erbschaft antreten können, so läßt sich doch daraus durchaus kein Schluß auf die Vormünder eines Geisteskranken ziehen. Das beweisen auf das Klarste die Satzungen des neusten römischen Rechts, welches schon im Allgemeinen bei der Erbschaftsantretung für **impuberes** ganz andere Grundsätze aufstellt, als für **furiosi**.

Ueberhaupt läßt sich irgend ein haltbarer Grund für die Ansicht derjenigen, welche heut zu Tage auch dem Vormunde eines Wahnsinnigen schlechtweg gestatten wollen, für ihren Curanden definitiv eine Erbschaft anzutreten, nicht aufstellen. Zwar hat man

a. zur Rechtfertigung jener Ansicht angeführt, daß die römischen Wortformeln bei manchen Geschäften, durch welche Procuratoren ausgeschlossen wurden, in Deutschland nicht mehr gelten. Allein es wurde schon oben bemerkt, daß im neuern römischen Rechte nicht mehr von einer feierlichen **cretio** und deren Formeln die Rede ist, sondern von einer einfachen Aditionshandlung, welche an gar keine Formeln gebunden ist.

b. Der römische Rechts-Grundsatz, daß man durch freie Personen, welche man nicht in seiner Gewalt hat, nichts erwerben könne, gelte überhaupt bei uns nicht mehr. Allein das läßt sich in solcher Allgemeinheit nicht behaupten. Er gilt vielmehr noch jetzt, nur freilich mit denjenigen Modificationen, welche theils das neuere römische Recht selbst, theils eine erweisliche Bestimmung des deutschen Rechtes gemacht hat. Daß aber auch noch das neueste römische Recht in dieser Beziehung nicht die Modification gemacht hat, wonach der Curator eines Wahnsinnigen für seinen Curanden definitiv eine Erbschaft antreten könne, das beweis't eben auf das Entschiedenste die **l. 7, §. 3**

C. de curat. furios. (5, 70). Daß das deutsche Recht daran etwas geändert habe, ist ebenfalls eine rein willkürliche, auf nichts gestützte Behauptung.

c. Der Unterschied zwischen dem **tutor impuberis** und dem **curator minoris** falle heut zu Tage hinweg. Allein selbst wenn dieser Satz in solcher Allgemeinheit wahr wäre, so würde das auf die Rechte eines **curator furiosi** keinen Einfluß äußern können.

d. Seit der Einführung des **beneficium inventarii** könne der Vormund eines Wahnsinnigen ohne alles Risico für seinen Curanden die Erbschaft antreten. Allein das römische Recht hat ja auch nach der Einführung des **beneficium inventarii** immer noch für nöthig erachtet, dem **curator furiosi** die definitive Erbschaftsantretung für seinen Curanden zu verbieten. Wenn man sich endlich

e. auf eine allgemein in Deutschland herrschende, dem römischen Rechte entgegenstehende Ansicht beruft, so haben zwar einzelne neuere Juristen so etwas behauptet,

G. B. Becmann de adquis. heredit. dementi delatae. Gött. 1772.
Rotermund, de success. furios. delat. Gött, 1825.

Allein die bewährtesten älteren und neueren Rechtslehrer sehen die fragliche Vorschrift des römischen Rechtes noch jetzt als unzweifelhaft geltend an.

Lauterbach colleg. lib. 37, tit. 3, §. 1.
Hofacker Princ. tom. II., §. 1443.
Thibaut, Pandecten Bd. 2, §. 718.
Schweppe, das röm. Priv.-Recht §. 845.
Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. II. Seite 173.
Tübinger Critische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Bd. II. Seite 177 f. (Wächter).
Glück, Erläut. der Pand. Bd. XLII. Seite 460.

4. Um nichts, was auf die hier zu beantwortende Frage influiren könnte, zu übergehen, mag hier noch erwähnt werden die von

v. Vangerow in dem Arch. für civilist. Praxis Bd. 30 nr. 1

neu aufgestellte Ansicht, daß die in der l. 7 cit. von Justinian vorgeschriebene **bonorum possessio furiosi nomine** nicht

bloß einen interimistischen Besitz, sondern ein wahres definitives Erbrecht gegeben habe, welches nur den Umständen nach hinterdrein resolvirt werden könne. Es wäre das insofern allerdings auch für unseren concreten Fall wichtig, als die **bonorum possessio furiosi nomine** sich dann in der That ganz anders gestalten und zu einem wesentlich anderen Resultate für den Wahnsinnigen führen würde. Allein es hat diese neue Ansicht nicht bloß nichts für sich, sondern sie ist auch, sammt den daraus abgeleiteten Folgerungen, schon von vielen Seiten gründlich widerlegt worden.

Fritz in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge IV. Seite 181 f.
von Löhr. Ebendas. Seite 252 f.
Leist a. a. O. Seite 320.
Sintenis a. a. O. Seite 510 not. 11.

Demnach würde also das Resultat dahin auslaufen, daß die **l. 7 cit.** ihrem richtig erklärten Inhalte nach, noch immer heut zu Tage bei uns practische Gültigkeit hat, insofern nicht etwa die particulare Gesetzgebung eines deutschen Territorii etwas Anderes darüber bestimmt. Eine solche in Mecklenburg, **in specie** in Rostock geltende, die **l. 7** abändernde particularrechtliche Bestimmung ist aber von den Imploranten gar nicht ein Mal behauptet worden.

Dagegen steht

C.

noch ein anderer Weg offen, um **in concreto** über die der definitiven Erbschaftsantretung der Vormünder des geisteskranken H. entgegentretenden Schwierigkeiten hinauszukommen. Es ist nämlich

a. unbestritten, daß der Curande H. noch während der Dauer seiner Minderjährigkeit in Geisteskrankheit verfallen ist. In welchem Momente diese letztere eingetreten, geht zwar aus den uns zugekommenen Acten nicht hervor, wohl aber theils, daß er erst am 10. April 1851 sein fünf und zwanzigstes Lebensjahr zurückgelegt hat und also majorenn geworden ist, theils daß er noch bei Anstellung der Klage geisteskrank war.

b. Bekannten Rechten nach erhält zwar der furiosus, wenn er sui juris ist, einen curator furiosi, aber nur unter der Voraussetzung, daß er nicht mehr als impubes oder minor unter der Altersvormundschaft steht. Denn bis zu dem Zeitpuncte der erreichten Großjährigkeit wird ja für ihn hinreichend durch den Altersvormund, den tutor impuberis oder curator minoris gesorgt.

l. 3 pr. §. 1 de tut. (26, 1).

Es gilt das auch nicht etwa bloß für den unmündigen furiosus, für welchen das schon direct die leges XII. tabularum vorschreiben, sondern ebenfalls, wenigstens nach einer späteren, sehr natürlichen Erweiterung, seit dem Aufkommen der cura minorum, für den minorennen furiosus.

l. 3, §. 1 cit.

Als Grund davon giebt Ulpian ausdrücklich den an, daß der furiosus, so lange er noch unmündig und resp. minderjährig ist, nicht zunächst als furiosus, sondern nur als seiner Jugend wegen eines Vormundes bedürftig erscheint, oder wie es von Ulpian ausgedrückt wird, cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum. Daraus geht

c. hervor, daß ein solcher furiosus zwar immerhin wirklich furiosus ist und namentlich, als solcher keines eigenen Willens fähig, allein nichts desto weniger, was die Art, die Qualität des ihm bestellten Vormundes betrifft, wie ein impubes und resp. minor zu behandeln ist. Daraus folgt ferner, daß alle diejenigen Bestimmungen, welche in den Gesetzen ausdrücklich für den furiosus, als unter der cura furiosorum stehend, und für den curator furiosi als solchen gegeben sind, auf den noch unmündigen oder minderjährigen furiosus und auf seinen Vormund keine Anwendung leiden. Denn der tutor oder curator eines minderjährigen furiosus ist eben gar kein curator furiosi, sondern lediglich ein tutor impuberis, oder curator minoris. Es liegt das schon, als sich von selbst verstehend, in dem allgemeinen, unter b. entwickelten Principe. Allein es schwindet, was die hier in Frage stehende Anwendung der l. 7 Cod. de curat. furios. (5, 70) betrifft, aller Zweifel,

wenn wir ihre Worte und Fassung genauer beachten. Denn es lautet nicht bloß jener ganze Titel: de curatore furiosi vel prodigi, sondern er enthält auch namentlich lauter Bestimmungen, welche bloß für den curator eines Wahnsinnigen, oder Verschwenders, als solche berechnet sind. In der l. 7 wird endlich die Befugniß und resp. Verbindlichkeit, furiosi nomine sich eine interimistische bonorum possessio geben zu lassen, ausdrücklich nur dem curator furiosi, als solchem gegeben und aufgelegt.

„Furiosum quidem nullo modo posse, vel hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere, curatori autem ejus licentiam damus immo magis necessitatem imponimus etc.“

Soll nun

d. der noch unter Altersvormundschaft stehende Geisteskranke in allen Punkten, namentlich bei Gelegenheit der ihm deferirten Erbschaften, nicht wie ein unter der cura furiosi, sondern wie ein unter Altersvormundschaft stehender Pupill oder Minor behandelt werden, so folgt daraus, daß, schon nach der oben unter B. 2 entwickelten Theorie, die Curatel des minderjährigen H. während der Dauer dieser Minderjährigkeit die dem Letzteren deferirte Erbschaft definitiv antreten konnte. Denn danach kann heut zu Tage ja jeder Altersvormund für seinen Pflegbefohlenen ohne Weiteres die diesem deferirte Erbschaft antreten. Am allerwenigsten läßt sich das in seiner Anwendung auf den vorliegenden concreten Fall bezweifeln. Soll nämlich der seines jugendlichen Alters wegen noch unter Pflegschaft stehende furiosus, wie doch nach dem Bisherigen nothwendig wird, mit irgend einer Altersstufe verglichen werden in Rücksicht der Frage, ob und in wie weit er eines Willens juristisch fähig ist, so kann er gewiß nur mit dem pupillus infans verglichen werden. Denn so, wie dieser Letztere juristisch gar keines Willens fähig ist, ebenso der furiosus, während der impubes infantia major wenigstens schon einen unvollständigen, der minor sogar einen fast vollständigen Willen hat. Allein gerade für den pupillus infans war ja entschieden schon nach römischem Rechte dem

tutor gestattet, die hereditas anzutreten. Dem steht auch nicht entgegen, daß sonach oft über die Frage, ob der furiosus die Erbschaft definitiv, oder nur als interimistische bonorum possessio erwerben könne, lediglich der zufällige Umstand entscheiden wird, ob der Wahnsinnige noch minorenn, oder bereits volljährig sei. Denn eben dasselbe gilt ja von allen dergleichen persönlichen Zuständen, namentlich von den Wirkungen der Altersverschiedenheiten, in specie da, wo bei dem Unmündigen zwischen infantes und infantia majores unterschieden wird.

Sintenis a. a. O. Seite 510, not. 11.

45.

Die von Beneficialerben bestellten Pfandrechte sind im Concurse über den Nachlaß wirkungslos. Zur Interpretation der Domanialhypotheken-Ordnung vom 12. März 1814. Jo. 180/1853.

Nach dem im Juni 1849 erfolgten Tode des Erbmüllers J. zu J. im Domanialamte D. erklärten die Vormünder der von demselben hinterlassenen fünf unmündigen Kinder bei der vom Amtsgerichte D. eingeleiteten Erbregulirung zum Protocoll vom 28. Juli 1849, daß zweifellos eine Ueberschuldung des Nachlasses vorliege und traten deshalb die Erbschaft nur unter Vorbehalt des beneficii inventarii an, um die Abwendung des Concurses zu versuchen. Zur Feststellung des Passivstandes erwirkten sie die Proclamation des Nachlasses und die Convocation Aller, welche an denselben, insbesondere an das dazu gehörende Erb-Mühlengehöft Schuldansprüche zu haben vermeinten. Die Anmeldungen machten die Insufficienz noch gewisser. Die Vormünder setzten aber in der Hoffnung auf ein gütliches Arrangement die Verwaltung fort, stellten den Creditoren solches in Aussicht und hielten dieselben dadurch von Anträgen auf Concurseröffnung ab. Erst am 14. Juli 1851 erfolgten auf Antrag der Vormünder concursmäßige Einleitungen und demnächst am 7. October 1851 die Eröffnung des formellen Con-

curses über den Nachlaß. Auf die Nachlaßproclamata hatte die Wittwe des Verstorbenen eine Illatenforderung von 716 Thlr. N⅔ und der Vater des Verstorbenen, Erbschmied J. zu W., aus einer hypothekarischen Schuldverschreibung vom 25. April 1842 eine mit 4 Procent zu verzinsende Capitalforderung von 1100 Thlr. N⅔ liquidirt. Der letzte Anspruch wurde späterhin, am 9. October 1850, in das Hypothekenbuch der, den Beneficial-Erben darin noch nicht zugeschriebenen, Erbmühle eingezeichnet. Dies geschah vom Amte zu D. in Folge eines Antrages, den die Tutoren am 26. September 1850 stellten, ungeachtet sie an eben diesem Tage bei dem dortigen Amtsgerichte wiederum erklärten, daß sie ohne vergleichsweise Arrangirung der Nachlaßverhältnisse den Besitz der Erbmühle durchaus nicht länger behaupten könnten, und ungeachtet sie ein früheres gleiches Gesuch des Hauswirths St. wegen der Insufficienz des Vermögens und der Gefährdung der übrigen Creditoren mit obervormundschaftlicher Zustimmung abgelehnt hatten.

Im Concurse machte nun die Wittwe fünf verschiedene Pöste als Illatenforderung geltend und beanspruchte die Location derselben als privilegirter Hypothek hinter den intabulirten Hypotheken. Der Vater überreichte bei der Anmeldung seiner Forderung von 1100 Thlr. N⅔ nebst Zinsen auf die Concursproclamata den Schuldschein vom 25. April 1842 mit dem Intabulationsattest. Nachdem die Erbmühle im December 1851 für 7605 Thlr. Courant dem meistbietenden Käufer zugeschlagen war, erfolgte am 9. August 1852 die Prioritätsurthel des Amtsgerichtes D. Sie locirte:

B. in die Specialmasse, bestehend aus der Kaufsumme für das schuldnerische Grundstück c. p. kraft des aus der Eintragung originirenden Vorzugsrechtes

r. den Erbschmied J. zu W. mit 1100 Thlr. N⅔ nebst Jahreszinsen zu 4 Procent seit Johannis 1849;

C. in die Generalmasse, bestehend aus dem etwanigen Reste der Specialmasse, dem Erlöse des Mobiliarnachlasses 2c.

1. kraft absoluten Vorzugsrechtes das Amt D. mit einem rückständigen Canon von 89 Thlr. 21 ßl. 3 pf.,

2. kraft privilegirten Pfandrechtes die Wittwe mit dem von den Vormündern anerkannten Theil ihrer Illatenforderung im Betrage von 400 Thlr. N⅔, indem wegen des übrigen angeblichen Betrages der Illaten von 634 Thlr. N⅔ und 100 Thlr. Cour. die erforderliche Beweisauflage zur Zeit ausgesetzt und bis auf etwa sich ergebende ausreichende Masse vorbehalten blieb,

3. kraft einfacher Hypothek den Erbschmied J. zu W. mit der sub B. r. gedachten Forderung.

Die Wittwe appellirte, ihre Beschwerde darin setzend, daß der Erbschmied J. zu W. sub B. r. mit seiner Forderung von 1100 Thlr. N⅔, also vor ihr, locirt worden und überhaupt seine Forderung unterm 9. October 1850 noch ins Hypothekenbuch eingetragen sei. Dabei bemerkte die Appellantin, daß sie von dieser Intabulation erst durch das Prioritäts-Erkenntniß Kunde erhalten habe.

Die Justiz-Canzlei zu Rostock verwarf die Appellation durch das Decret vom 12. März 1853, aus dessen Gründen Folgendes hervorzuheben ist:

Die Behauptung der Appellantin, daß die unterm 9. Octbr. 1850 geschehene Eintragung der Forderung des Appellaten in das Amts-Hypothekenbuch nichtig sei, weil das Erbpachtstück noch nicht auf den Namen der Erben des wailand Erbmüllers J., deren Vormundschaft die Intabulation beantragt habe, umgeschrieben gewesen, und weil der obervormundschaftliche Consens zur Eintragung gefehlt habe, ist unrichtig. Was nämlich den ersten Punct anlangt, so fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift, wonach die Erben des Besitzers eines im Domanium belegenen Erbpachtstücks erst durch die Umschreibung des Grundstücks auf ihren Namen zu dem Antrage auf Intabulation von Forderungen befähigt werden, und aus allgemeinen Grundsätzen ist jener Grund nicht abzuleiten.

So viel aber den zweiten Punct betrifft, so ergiebt sich aus der Anlage C. ad [10.] act. das Erbmüller J.'sche Debitwesen betreffend, daß die Schuldverschreibung, auf deren Grund die Eintragung geschehen, bereits im Jahre 1842

von dem Erbmüller J. unter Verpfändung seines ganzen Vermögens ausgestellt ist. Das dadurch bestellte Pfandrecht hat auch die Erbmühle ergriffen, weil durch die Eintragung nicht erst die Existenz des Pfandrechts an Domanialgrundstücken, sondern nur ein Vorzugsrecht begründet wird, und demzufolge in der Eintragung eine Veräußerung, zu welcher der obervormundschaftliche Consens erforderlich gewesen sein würde, nicht gelegen hat.

Auf weitere Appellation der Wittwe reformirte das Oberappellations-Gericht durch Erkenntniß vom 20. Februar 1854 die Prioritäts-Urthel dahin, daß Appellantin mit den sub C. 2 locirten 400 Thlr. N²/₃ und mit den dort weiter gedachten, von ihr liquidirten Ansprüchen, so weit diese als Dotalforderungen festgestellt werden sollten, der sub B. r. locirten Forderung des Appellaten von 1100 Thlr. N²/₃ und Zinsen darauf zu 4 Procent seit Johannis 1849 auch in der Specialmasse, vorzusetzen sei. Die Deduction, auf welche diese Entscheidung sich stützt, ist folgende:

— — — — — — — — — — — —

4. Unzweifelhaft hatte die Wittwe beim Tode ihres Mannes wegen ihrer Dotalforderungen ein besseres Pfandrecht als der Appellat. Es fragt sich, ob der letztere durch die gedachte spätere Einschreibung zu Hypothekenbuch, da über den Nachlaß Concurs ausgebrochen ist, in dem Erlöse aus der Mühle einen Vorrang vor den Dotalforderungen erlangt hat. Die Frage ist zu verneinen. Denn theils gehören in diesen Concurs nur creditores hereditarii, und dazu ist Appellat wegen der Rechte nicht zu zählen, die erst durch einen Act der Erben begründet wurden. Die Sache steht hier, wo der Nachlaß durch die Concurs-Eröffnung von dem Vermögen der Erben völlig getrennt und zur ausschließlichen Verwendung für die Erbschaftsgläubiger hingegeben worden, nicht anders als im Falle einer Separation auf Instanz der **creditores hereditarii**;

l. 1, §. 3 D. de separationibus (42, 6).

theils würde die Appellantin, wenn die Beneficial-Erben selbst die Mühle verkauft, und aus dem Erlöse geradezu den Appellaten befriedigt hätten, von diesem die Herausgabe der empfangenen Summe, soweit solche zur Bezahlung der Dotalforderung nöthig, zu verlangen vermöge ihrer besseren Hypothek berechtigt gewesen sein.

l. 22, §§. 6, 8 u. 9 C. de jure deliberandi (6, 30).

Dieses Recht können Beneficial-Erben den hypothekarischen Erbschaftsgläubigern auf keine Weise, also auch nicht durch vorherige Constituirung einer mehr privilegirten Hypothek, schmälern, indem dasselbe gerade gegeben ist zum Schutze gegen Bevorzugung einzelner Creditoren Seitens der Beneficial-Erben. Dergleichen Gratificationen sind daher wirkungslos.

5. — Freilich sollen nach der Domanialhypotheken-Ordnung vom 12. März 1814 bei entstehendem Concurse die ins Hypothekenbuch eingetragenen Pöste allen übrigen, darin nicht eingezeichneten Schulden des Cridars vorgehen; auch schließt das Gesetz die Beneficial-Erben von der Befugniß, auf das Erbschafts-Grundstück intabuliren zu lassen, nicht aus und macht eben so wenig die Gültigkeit der Einschreibung davon abhängig, daß der Implorant als der Grundbesitzer im Hypothekenbuche aufgeführt ist, als dies anderweitig bei der Anordnung, daß der Name des Grundbesitzers und die sich dieserhalb ereignenden Veränderungen einzutragen seien bestimmt worden ist.

Allein das Gesetz hat sich auf Feststellung einer Rangordnung beschränkt, und der durch Eintragung entstehenden öffentlichen Hypothek den Vorzug vor allen privilegirten Pfandrechten zuerkannt, ohne ihr eine unbedingte Anerkennung zu sichern oder sonst irgend Etwas am bestehenden Rechte zu ändern. Ungeachtet dieses Gesetzes bleibt mithin entscheidend, ob gemeinrechtlich das von Beneficial-Erben einem jüngeren Erbschaftsgläubiger ertheilte öffentliche Pfandrecht gegenüber dem älteren simplen Pfandgläubiger, der aus dem Nachlasse nicht befriedigt worden, wirksam werde, und diese Frage ist nach rat. 4 zu verneinen.

6. Blieb das Prioritäts-Verhältniß der Parteien so, wie es zur Zeit des Todes des Müllers J. bestand, so waren die appellantischen Dotalforderungen auch in der Specialmasse der, **sub B. r.** der Prioritätsurthel locirten Forderung des Appellaten vorzusetzen. Einer besonderen Anregung des Punctes Seitens der Appellantin, welcher der fragliche Vorgang ganz unbekannt blieb, bedurfte es nicht, da die Thatsache, daß die bezügliche Eintragung von den Beneficial-Erben bewirkt worden, schon durch das Datum actenmäßig wurde, und der Richter hienach die Priorität zu beurtheilen hatte.

Demnach war die von der Appellantin in voriger Instanz angebrachte Beschwerde begründet. — — — — — — —

46.

Ueber das rechtliche Verhältniß der Beneficialerben zu den Erbschaftsgläubigern im Fall der Insolvenz der Erbschaft. Tu. 234/1855.

Nachdem die verwittwete T. mit dem Antrage, daß in Betreff der von ihr **cum beneficio inventarii** angetretenen Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes ein Verfahren aus der Verordnung vom 17. December 1834 eingeleitet werden möge, von der Justiz-Canzlei zu Schwerin unterm 2. Juni 1856 zurückgewiesen war, und in Folge dessen das Rechtsmittel der Querel ergriffen hatte, wies das Oberappellationsgericht unterm 7. Juli 1856 im Wege der Reformation die gedachte Justiz-Canzlei zur Einleitung des beantragten concursmäßigen Verfahrens aus folgenden Gründen an:

Auch der Beneficialerbe ist wirklicher Erbe und als solcher zur Repräsentation des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Hinsicht so berechtigt, als verpflichtet, nur daß vermöge des Erbschaftsantritts **cum beneficio inventarii** hinsichtlich der Forderungen und Schulden das Vermögen des Erblassers und des Erben als zwei gesonderte Massen auseinandergehalten werden, und ebenso das Gesetz dem Beneficialerben hinsichtlich

der Regulirung des erbschaftlichen Schuldenwesens bestimmte Erleichterungen eingeräumt hat, welche als wahre Privilegien sich darstellen, auf Grund deren auch bei vorhandener Insolvenz der Erbschaft eben so sehr den erbschaftlichen Gläubigern die Möglichkeit entzogen war, eine concursmäßige Einweisung in die überschuldete Erbmasse, als solche, zu erlangen, wie andererseits dem Erben jede Veranlassung fehlte, hinsichtlich derselben das **beneficium cessionis bonorum** in Anspruch zu nehmen. Und ist auch in dieser letzteren Beziehung heutzutage in so fern eine Veränderung eingetreten, als nach einer ganz feststehenden Praxis der Beneficialerbe für befugt erachtet wird, bei vorhandener Insolvenz der Erbschaft durch **cessio bonorum** sich selbst der Sorge für die Befriedigung der erbschaftlichen Gläubiger zu überheben, und hierzu grade in Folge der Bestimmungen der neueren Hypotheken-Ordnungen — §. 9, Abs. 4 der Stadtbuchordnung vom 22. Decbr. 1829, Revidirte Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. Octbr. 1848, §. 22, 2, Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 2. Janr. 1854, §. 33, 2, — vermöge deren ihm nicht mehr gestattet ist, verpfändete Grundstücke aller Art zum Zwecke der Schuldentilgung pfandfrei zu veräußern — wegen der daraus ihm erwachsenden Schwierigkeiten sich leicht veranlaßt sehen wird: so ist ihm doch nirgends eine Verpflichtung auferlegt, bei anscheinender Insolvenz der Erbschaft sofort zu diesem äußersten Mittel zu schreiten. Vielmehr steht ihm nach wie vor, wenn er sich dieser Mühe unterziehen will, die Befugniß zu, als Vertreter des Erblassers selbst die ordnungsmäßige Befriedigung der erbschaftlichen Gläubiger aus der vorhandenen Masse zu beschaffen, um auf diese Weise den Ausbruch eines förmlichen Concurses zu verhüten. Und so läßt sich ihm auch um so weniger das Recht versagen, als Inhaber der Erbschaft diejenigen Rechtsbehelfe für sich in Anspruch zu nehmen, welche die Constitution vom 17. December 1834 dem von Insolvenz bedroheten Schuldner zum Zwecke der Abwendung eines Concurses darbietet, als einmal die besondere Ausnahme, welche diese Verordnung im Eingange für den Fall einer erblosen

Erbschaft von der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen gemacht hat, hier überall nicht zutrifft, andererseits aber es auch im höchsten Interesse der Erbschaftsgläubiger selbst liegt, daß der Beneficialerbe, statt von den hinsichtlich der Befriedigung der erbschaftlichen Gläubiger noch immer ihm zustehenden Erleichterungen Gebrauch zu machen, sich rechtzeitig entschließt, ein Verfahren in Gang zu setzen, wodurch unter gerichtlicher Mitwirkung ihre prioritätsmäßige Befriedigung auf eine möglichst rasche und sichere Weise herbeigeführt werden kann, ohne daß doch ihren wohlerworbenen Rechten Eintrag geschieht.

47.

Ueber die Voraussetzungen und Wirkungen des den Erbschaftsgläubigern zustehenden beneficium separationis. Wa. 442/1846.

Der Querelbescheid des Ober-Appellationsgerichts vom 7. Decbr. 1846 enthält über das beneficium separationis folgende Aussprüche:

Es leidet keinen Zweifel, daß das beneficium separationis allen Erbschaftsgläubigern ohne Unterschied gewährt wird; dagegen aber steht denselben das Recht auf diese Gewährung keinesweges schon allein wegen dieser ihrer Qualität als Erbschaftsgläubiger, vielmehr lediglich in so fern zu, als für ihre Erbschaftsforderung durch eine Concurrenz mit den eigenen Gläubigern des Erben die Gefahr einer mindestens nicht vollständigen Befriedigung entspringen, ihre Lage in dieser Richtung deterioris conditionis geworden sein sollte.

l. 1, §. 1 u. 2, D. de separationibus (42, 6)..

Grund und Wirkung des Gesetzes bestätigen Dies. Der Grund des Gesetzes beruhet nämlich in der Beseitigung eben dieser Unbilligkeit, welche für die Erbschaftsgläubiger qui defuncti fidem secuti sunt, darin enthalten sein würde, wenn denselben aus der, durch die erfolgte Erbschaftsantretung begründeten Befugniß der eigenen Gläubiger des Erben, nun-

mehr auch das Vermögen des Erblassers zur Befriedigung ihrer Forderungen in Anspruch zu nehmen, ein Nachtheil erwüchse; und ebenso beschränkt sich die Wirkung darauf, daß nunmehr in Bezug auf die Creditoren des Erblassers und diejenigen des Erben, ungeachtet der erfolgten Erbschaftsantretung, die Sachlage so betrachtet wird, **ac si hereditas adita non fuisset.** Die Creditoren des Erblassers können ihre Befriedigung nur aus der Erbmasse verlangen, und die Creditoren des Erben jenen, die Separation erlangt habenden Erbschaftsgläubigern gegenüber, nur das eigene Vermögen des Erben in Anspruch nehmen, so daß also das fragliche **beneficium** überall nur in Bezug auf dies gegenseitige creditorische Verhältniß gewährt wird, keineswegs aber dem Erben selbst, gegen den dasselbe nachgesucht wird, die sonstigen Befugnisse zur freiesten Disposition und Nutzung der Erbmasse irgend entzieht. Hieraus erhellt von selbst, daß das Vorhandensein von eigenen Gläubigern des Erben zu den wesentlichen factischen Grundlagen jenes **beneficii** gehört. In keinem Falle darf es an der Behauptung und Nachweisung fehlen, daß eigene Creditoren des Erben, mit welchen jene Concurrenz zu befürchten stehe, vorhanden seien. — In seinen sonstigen durch die Antretung der Erbschaft begründeten Dispositions- und Nutzungsrechten wird der Erbe selbst durch die erkannte Separation in keiner Weise beschränkt und ist somit nach wie vor berechtigt, die von ihm angetretene Erbschaft, bei dem etwanigen Mangel sonstigen Vermögens, zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse zu benutzen. Läuft der Erbschaftsgläubiger dadurch Gefahr, an seiner, nach dem Tode des Erblassers nunmehr gegen den Erben geltend zu machenden Forderung einen Verlust zu erleiden, so stehen demselben lediglich diejenigen Sicherungsmittel zu, welche überhaupt bei unvermögenden Schuldnern für den Fall einer solchen Gefahr gesetzlich gestattet sind.

48.

Bedeutung des Lübischen Curator funeris et hereditatis. Ist die Bestellung eines Solchen für die nach Mecklenburgischem Recht zu beurtheilenden Fälle einer Intestaterbfolge wirksam? Gi. 364/$_{1854}$.

Nachdem der Weber S. zu Lübeck den Tapezier B. daselbst zum Curator funeris et hereditatis ernannt und die Bestätigung des Letzteren in der gedachten Eigenschaft von der Vormundschaftsbehörde zu Lübeck unterm 9. Juni 1834 erwirkt hatte, zog derselbe im Jahre 1843 nach der Stadt Grevismühlen in Mecklenburg und blieb daselbst bis zu seinem am 9. Juni 1851 erfolgten Tode bei einem Verwandten. Da er ohne Hinterlassung eines Testamentes gestorben war, fiel sein Nachlaß an Intestaterben; der Tapezier B. machte aber vermöge der dem Curator funeris et hereditatis nach Lübischem Rechte zustehenden Befugnisse Anspruch darauf, daß ihm die Regulirung der Erbschaft überlassen werde und erhob daher in der Eigenschaft als Curator funeris et hereditatis des verstorbenen Webers S. unterm 16. Februar 1853 beim Stadtgerichte Grevismühlen gegen einen Erbschaftsschuldner Klage auf Auszahlung eines rechtzeitig gekündigten Erbschaftscapitals. Der Beklagte schützte die Einrede der fehlenden Activlegitimation vor, indem er die Wirksamkeit der in Lübeck geschehenen Bestellung des Klägers zum Curator funeris et hereditatis für den vorliegenden in Grevismühlen eingetretenen Erbfall bestritt.

Den jungirten Magistratsacten, betreffend die Regulirung des Nachlasses des Webers S., liegt ein Attest des Lübecker Stadtamtes vom 4. Juli 1853 bei, in welchem es heißt:

> Ein jeder hiesiger (Lübecker) Angehöriger, sobald er selbständig ist, ist befugt, sich einen Curator zu wählen, welcher nach seinem Tode sein Begräbniß besorgt und seinen Nachlaß ordnet. Um jedoch in solcher Eigenschaft gültig handeln zu können, bedarf es der Bestätigung der beikommenden Vormundschaftsbehörde auf Ansuchen dessen, welcher sich einen Curator gewählt hat. Ist die Bestätigung erfolgt, so steht dem Curator nach dem Ableben des betreffenden Individuums das

uneingeschränkte Recht zu, dessen Nachlaß, er bestehe, worin er wolle, in Mobilien oder Immobilien, in hieselbst oder auswärts belegten Capitalien, ohne Einmischung der Erben oder einer Behörde zu reguliren und ist er nur den Erben Rechnung über seine Verwaltung abzulegen pflichtig, wie überhaupt für seine Handlungen verantwortlich. Hält Jemand sich durch diese Handlungen beschwert, so steht ihm kein anderes Mittel als gerichtliche Klage zu, um zur Abhülfe seiner Beschwerde zu gelangen, wie denn namentlich auch, falls ein Curator die Abrechnung ungebührlich verzögert, auf Anberaumung eines Termines dazu geklagt werden kann. Die Thätigkeit der Vormundschaftsbehörde beschränkt sich lediglich auf den Act der Ertheilung der von einem hiesigen Angehörigen bei Lebzeiten erbetenen Bestätigung seines selbstgewählten Curators. Ihr ist keinerlei Einwirkung oder Controle in Beziehung auf das Verfahren des Curators zuständig. —

Das Stadtgericht zu Grevismühlen wies die Klage ab; nachdem die Justiz-Canzlei zu Schwerin auf Verurtheilung des Beklagten reformirt hatte, stellte das Oberappellations-Gericht unterm 21. Januar 1856 das Erkenntniß erster Instanz aus folgenden Gründen wieder her:

1. — Es ist streitlos, daß der verstorbene Weber S. im Jahre 1834 sein Domicil in Lübeck gehabt und am 9. Juni 1834 die Bestellung des jetzigen Klägers zu seinem **Curator funeris et hereditatis** nach den Formen des Lübischen Rechts erwirkt hat. Auch muß trotz der Einwendungen des Klägers die Thatsache als feststehend anerkannt werden, daß der 2c. S. zur Zeit seines Todes in Grevismühlen domicilirt gewesen ist Derselbe ist nämlich im September 1843 von Lübeck fortgezogen und hat von jener Zeit an unausgesetzt bis zu seinem, am 9. Juni 1851 erfolgten Tode bei einem Verwandten, dem Schustermeister G., zu Grevismühlen gewohnt. Daß er bei seinem Fortzuge nach Grevismühlen die Absicht gehabt hat, dort seine noch übrigen Lebensjahre zuzubringen, wird von dem Schustermeister G. bei der an den Magistrat gerichteten Bitte um Consens zur Aufnahme des 2c. S. ausdrücklich bemerkt — [1.] **act**

junctor. betreffend die Aufnahme des letzteren. — Wie das Vorhandensein dieser Absicht auch ferner aus seinem langjährigen Aufenthalte in Grevismühlen geschlossen werden kann, so ist endlich in der gleichen Beziehung der Umstand von Bedeutung, daß 2c. S. mittelst Antrages vom 24. Januar 1850 in Grevismühlen die zur Verhütung einer Versiegelung seines Nachlasses erforderlichen Vorkehrungen traf. Der Entschluß, in Grevismühlen seinen dauernden Wohnsitz zu nehmen, trifft demnach bei S. mit der Thatsache seines langjährigen Aufenthaltes daselbst zusammen. Dies genügt zweifellos zur Begründung des Domicils, und kann dagegen Nichts darauf ankommen, daß der Magistrat zu Grevismühlen dem 2c. S. mittelst Decretes vom 5. September 1843 — ad [2.] act. junct. cit. — nur einen einstweiligen Aufenthalt daselbst gestattete, indem diese Limitation der Gestattung lediglich für die Frage über den Erwerb des — vom Domicil wesentlich verschiedenen — Heimathsrechtes Bedeutung hatte. Der Magistrat zu Grevismühlen stellt sich demnach in Bezug auf den zur Frage stehenden Nachlaß als **forum hereditatis** dar; die Befugniß zur Vertretung einer Erbschaft ist aber ausschließlich nach den in foro hereditatis geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen, ohne daß selbst der Wille des Erblassers deren Anwendlichkeit zu beseitigen im Stande ist.

2. — Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt daher weiter von der Frage ab, ob im Falle einer Intestaterbfolge die selbständige Vertretung des Nachlasses durch einen solchen **curator funeris et hereditatis**, wie ihn das Lübische Recht anerkennt, auch nach den in Mecklenburg geltenden Rechtsnormen statthaft ist. Die Verneinung dieser Frage wird durch folgende Gründe gerechtfertigt. Dem einheimischen Rechte ist das Institut eines **curator funeris et hereditatis**, als einer von dem Erblasser zur Regulirung und Vertheilung einer Intestaterbschaft berufenen Privatperson, völlig unbekannt. Wie viel divergirende Ansichten auch im Uebrigen in Bezug auf die Testamentsexecutoren bestehen, so wird es doch gemeinrechtlich, wie selbst schon der Name der Testamentsexecutoren oder **executores ultimarum voluntatum** darthut, unzweifelhaft als ein

sich von selbst verstehender und kaum der ausdrücklichen Erwähnung bedürftiger Satz betrachtet, daß man Testamentsexecutoren nur zur Vollstreckung letztwilliger Dispositionen bestellen kann.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Fortsetzung Bd. 43, Seite 406. Beseler in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 9, Seite 186 ff., besonders Seite 189.

Erstreckt sich freilich die Competenz der Testamentsexecutoren je nach dem erkennbaren Willen des Erblassers auch auf die Regulirung und Vertheilung des gesammten Nachlasses, so ist der endliche Zweck dabei doch immer der, daß durch Vermittelung derselben die durch den letzten Willen des Testators Honorirten das ihnen Bestimmte erhalten sollen. Wer materiell gar Nichts über seinen Nachlaß verfügt, hinterläßt keinen letzten Willen; es kann daher auch nicht von der Sicherung der Ausführung eines solchen die Rede sein. Der Nachlaß fällt in diesem Falle ausschließlich den durch das Gesetz Berufenen und zwar in der, durch eben dasselbe bestimmten Weise anheim. Für die Realisirung des Gesetzes in Bezug auf Verlassenschaften sorgt aber, soweit dies erforderlich, der Staat selbst durch die geordneten Waisengerichte, ohne daß er eine Beschränkung der Wirksamkeit der letzteren oder der gesetzlichen Rechte der Erben durch Mittelspersonen zuläßt, deren Vollmacht allein auf dem Privatwillen des Verstorbenen beruht.

3. — Der Anwendlichkeit der vorstehenden gemeinrechtlichen Sätze auf den gegenwärtigen Fall steht die Bewidmung der Stadt Grevismühlen mit dem Lübischen Rechte nicht entgegen, da Nichts darüber vorliegt, daß in Folge derselben das particularrechtliche Lübische Institut des curator funeris et hereditatis dort jemals Eingang gefunden hat. Der allerdings richtige Umstand, daß das fragliche Institut im Lübischen Rechte mit den Testamentarien aus einer gemeinsamen Wurzel erwachsen ist, beweis't gleichfalls Nichts für die Geltung desselben außer Lübeck, da gerade darin eine von dem gemeinen Rechte abweichende Entwickelung liegt, daß daselbst den Testamentsexecutoren ähnliche Mittelspersonen durch Privatwillen unter Bestätigung der Vor-

mundschaftsbehörde zur Regulirung und Vertheilung einer Intestaterbschaft berufen werden können. Noch viel weniger läßt sich die von dem Kläger als **curator funeris et hereditatis** in Anspruch genommene Gewalt gemeinrechtlich aus dem Gesichtspuncte eines **mandatum post mortem** ableiten, da demselben in der gedachten Eigenschaft nach Lübischem Rechte, eben so wie dem Testamentsexecutor nach gemeinem Rechte, in geradem Gegensatze zu den Befugnissen eines bloßen Mandatars, eine von dem Willen der Erben unabhängige und deren Rechte beschränkende Stellung zukommt. Endlich hat das vom Kläger in Bezug genommene **cap. 13 X. de testamentis (3, 26)** nach der richtigen und heut zu Tage wohl kaum noch bestrittenen Ansicht keine Bedeutung für das praktische Recht.

Beseler a. a. O. Seite 193.

4. — Steht es demnach fest, daß dem Kläger in der Eigenschaft eines **curator funeris et hereditatis** in den hiesigen Landen keine Befugniß zur Vertretung des zur Frage stehenden Nachlasses beigelegt werden kann, so vernothwendigt sich die Wiederherstellung der im ersten Erkenntnisse ausgesprochenen Abweisung der Klage, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten beider Appellations-Instanzen.

Kirchen- und Staatsrecht.

49.

Erstreckt sich die in Mecklenburg-Strelitz observanzmäßig bestehende Beitragspflicht der Filialkirchen zu den Pfarr- und Küstereibauten der Mutterkirche auch auf die Erweiterung der vorhandenen Gebäude?

Ru. 51/1844. Strel.

Der Vice-Kirchenprocurator B. zu Neustrelitz erhob im Namen der Kirche zu R. unterm 27. Januar 1843 bei der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz aus folgenden Thatsachen Klage gegen den Gutsbesitzer von A. auf S. Die Kirche zu S. sei eine Filialkirche der Kirche zu R. und habe als solche vermöge der im Strelitzschen bestehenden allgemeinen Observanz, nach welcher die Filialkirchen zu den Pfarr- und Küstereibauten der Mutterkirche eine Quote beizutragen hätten, seit undenklichen Zeiten zu allen in R. vorgekommenen Bauten an der Pfarre, dem Wittwenhause und der Küsterei contribuirt, was der Beklagte, als Patron der Kirche zu S., auch nicht in Abrede nehme. Den 12. März 1842 seien die Wirthschaftsgebäude auf dem Pfarrhofe zu R. abgebrannt, welche zusammen einen Flächenraum von 6294 □Fuß enthalten hätten. Bei dem Wiederaufbau derselben sei in Betracht gekommen, daß — in Folge der inzwischen erfolgten Regulirung der Feldmark R. und der damit verbunden gewesenen Separation des dortigen Pfarrackers, so wie in Folge der in den neueren Zeiten eingetretenen besseren Cultur des Letzteren überhaupt — die Wirthschaft des Predigers so bedeutend vergrößert worden sei, daß der bisherige Gebäude-

raum nicht mehr ausgereicht habe. Um diesen Bedürfnissen der Pfarre zu genügen, habe auf dem Pfarrhofe eine Scheune nebst Wagenschauer und ein neuer Stall — welche zusammen 8513 □Fuß Flächenraum enthalten — erbauet werden müssen. Zu den gedachten 6294 □Fuß der früheren jetzt abgebrannten Gebäude habe das Aerar der Kirche zu S. zu $^1/_3$, mithin zu 2098 □Fuß, concurrirt; daß observanzmäßige Drittel dieser Kirche zu den 8513 □Fuß des Neubaues habe $2837^2/_3$ □Fuß betragen. Der Beklagte habe sich aber als Patron der Kirche geweigert, dieses so berechnete Drittel ganz zu übernehmen, in der Meinung, daß die Kirche nur in dem Verhältnisse der bisherigen Gebäude zu dem Neubau zu concurriren habe. Demnach habe derselbe nur 2128 □Fuß, d. h. $^1/_4$ des ganzen Raumes, übernommen. Inzwischen seien die Gebäude bereits aufgerichtet und dadurch 1733 Thlr. $^1/_2$ ßl. Preuß. Cour. Kosten entstanden, zu welchen das Aerar zu S. $^1/_4$ mit 433 Thlr. $12^1/_8$ ßl. Preuß. Cour. bereits bezahlt habe. Auch habe dasselbe $^1/_4$ des 1168 Thlr. $11^3/_8$ ßl. betragenden Werthes des zu dem Bau verwendeten Holzes mit 292 Thlr. $2^{27}/_{32}$ ßl. berichtigt. Die Weigerung des Beklagten, das ganze $^1/_3$ des Neubaues zu übernehmen, sei unbegründet; die Verpflichtung einer Filialkirche, zu den Pfarrbauten der Mutterkirche nach einem aliquoten Theile beizutragen, könne sich nicht auf die Erbauung und Erhaltung der von Alters her vorhanden gewesenen Gebäude und deren Umfang beschränken; vielmehr müsse sich der Umfang jener Verpflichtung — nach ihrem Zwecke, für die Pfarre die nöthigen Gebäude zu schaffen und zu erhalten — nach dem jedesmaligen Bedürfniß der Pfarre richten. Das Petitum des Klägers geht dahin, zu erkennen, daß der Beklagte, nach Maßgabe der hervorgehobenen Gesichtspuncte, schuldig sei, aus dem Aerar der Kirche zu S. zu den in dem Jahre 1842 auf dem Pfarrhofe zu R. erbauten Gebäuden an Material, Kosten, Hand- und Spanndiensten $^1/_3$ im Betrage von 967 Thlr. $3^5/_6$ ßl. Cour. — jedoch nach Abzug der bereits gezahlten 725 Thlr. 15 ßl. Cour. — mithin noch 241 Thlr. $36^5/_6$ ßl. Cour. nebst 5 Procent Zinsen vom Tage der Insinuation der Klage an ihn zu zahlen.

Der Beklagte gestand die observanzmäßige Verpflichtung der Kirche zu S., als einer Filialkirche, zu, die Kosten der für die Kirche zu N. erforderlichen Gebäude zu $1/3$ mitzutragen; daneben bestritt er aber den Anspruch des Klägers, indem er namentlich hervorhob, daß die Separation der Pfarrländereien, aus welcher das erhöhete Baubedürfniß der Pfarre hervorgegangen sein solle, in einer ohne sein Zuthun vom Consistorio und dem Kammercollegio getroffenen Anordnung bestehe; durch derartige einseitige Maßnahmen, wie überhaupt durch die ohne Zustimmung der **filia** erfolgende Vergrößerung der **dos** der **mater** könne aber die Baulast der Ersteren nicht erhöhet werden. Aus der Observanz könne ferner nie ein Mehreres abgeleitet werden, als die Verpflichtung der Filialkirche zur Forterfüllung der bisherigen Leistungen; diese beschränkten sich aber auf die Erhaltung der N..'er Pfarrgebäude in ihrem bisherigen Bestande. Neuerungen könnten auf die Observanz ihrem Wesen nach nicht gegründet werden. Endlich wird geleugnet, daß die Pfarre zu N. gegenwärtig mehr Scheunen- und Zimmerraum als früher gebrauche.

Nachdem die Klage in erster Instanz von der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz durch Erkenntniß vom 9. September 1844 angebrachter Maßen abgewiesen war, reformirte das Oberappellationsgericht unterm 15. Juni 1846 auf Appellation des Klägers, und zwar legte es diesem den Beweis auf:

daß die auf den, Seite 2 der Klage vorgetragenen Gründen beruhenden, erweiterten wirthschaftlichen Bedürfnisse der Pfarre zu N. bei dem Wiederaufbau der dortigen Wirthschaftsgebäude im Jahre 1842 eine Erweiterung der Räumlichkeiten derselben bis auf 8513 □Fuß — statt der früheren 6294 □Fuß — oder wie viel weniger, nothwendig gemacht hätten.

Gründe:

1. — Darüber sind beide Theile einverstanden, daß nach einer in den Mecklenburg-Strelitzschen Landen bestehenden Observanz, vermöge welcher die Filialkirchen eine Quote zu den Pfarr- und Küstereibauten der Mutterkirche beizutragen haben, die Kirche zu S. seit undenklichen Zeiten ein Drittheil zu den

Bauten an der Pfarre, dem Wittwenhause und der Küsterei zu R. beigesteuert habe, und daher auch verbunden sei, zu diesem dritten Theile zu dem Wiederaufbau der am 12. März 1842 abgebrannten Wirthschaftsgebäude daselbst zu concurriren. Der Beklagte hat dieses als Patron der Kirche zu S. nicht allein schon in den Conferenz-Protocollen vom 19. März und 24. April desselben Jahres — Anlagen **A.** und **B**, **ad** [1.] **act. Canc.** — sondern auch in den gegenwärtigen Proceßverhandlungen stets anerkannt. Allein darüber sind die Ansichten der Parteien getheilt, ob — wie der Beklagte behauptet — jener dritte Theil lediglich nach dem, vor dem Brande vorhanden gewesenen, Maße jener Räumlichkeiten von 6294 □Fuß zu berechnen sei, oder — wie der Kläger behauptet — nach dem Maße der wiedererbaueten Räumlichkeiten von 8513 □Fuß.

2. — Der Kläger hat seine Ansicht darauf gegründet, daß

1. die bezeichnete Beitragspflicht der Filialkirchen als eine allgemeine aufzufassen sei, daher nicht nur bei Bauten des bisherigen Umfanges, sondern auch bei nöthig gewordenen Erweiterungen der bisherigen Baulichkeiten eintrete;

2. daß die hier in Frage stehende Ausführung des Neubaues der Wirthschaftsgebäude in dem bezeichneten vergrößerten Maße sich durch die bedeutende Vergrößerung der R—'r Pfarrwirthschaft vernothwendigt habe, welche durch die im Jahre 1841 geschehene Regulirung der Feldmark R. und die damit verbunden gewesene Separation des dortigen Pfarrackers, so wie überhaupt durch die in den neueren Zeiten besser gewordene Cultur dieses Ackers veranlaßt worden sei. —

Der Beklagte weigert sich dagegen, zu den Kosten der bezeichneten Erweiterung der Räumlichkeiten beizutragen,

1. weil das angebliche Bedürfniß derselben durch die, nur das Domanial-Verhältniß berührende, Separation der Pfarräcker herbeigeführt worden wäre. Diesen Weigerungsgrund hat der Beklagte schon in der Anlage **A. ad** [1.] **act. Canc.** aufgestellt, und in den gegenwärtigen Proceßverhandlungen weiter dahin ausgeführt, daß die Filialkirche nicht verbunden sein könne, die Folgen jener, von Dritten — dem Landes-

herrn und dem Prediger — einseitig ausgeführten Veränderung mitzutragen;

2. weil die Filialkirche, vermöge der bezeichneten Observanz, nur genöthigt werden könne, zu den Pfarrbauten in deren bisherigem Umfange beizutragen, nicht aber zu Erweiterungen derselben, in welche sie nicht gewilligt;

3. weil dieselben **eventualiter** in dem vorliegenden Falle nicht nothwendig gewesen wären.

3. — Die angefochtene Entscheidung der Justiz-Canzlei vom 9. September 1844 — [30.] **act. Canc.** — hat die Klage aus dem ersten Weigerungsgrunde des Beklagten angebrachtermaßen abgewiesen. In den Entscheidungsgründen derselben ist zugleich der zweite Weigerungsgrund des Beklagten als unbegründet bezeichnet, der dritte Weigerungsgrund desselben aber in Folge der erkannten Abweisung der Klage, keiner weiteren Prüfung unterworfen worden.

4. — Bei der jetzigen Beurtheilung der Sache wird es zunächst wichtig, den Inhalt des ersten Grundes des Klägers und des, demselben entsprechenden, zweiten Gegengrundes des Beklagten näher festzustellen. Derselbe könnte möglicher Weise so aufgefaßt werden, als habe der Kläger behauptet, die gedachte Observanz habe sich auch thatsächlich für die nöthig befundenen Erweiterungen des bisherigen Bestandes der Pfarrbauten gebildet; allein das ist keinesweges der Fall. Der Kläger hat sich überall nur auf die, in **rat.** 1 bezeichnete, allgemeine Observanz und auf das herkömmliche Maaß des S—'r Beitrages bezogen; er hat aber nirgends behauptet, daß jene oder diese Observanz auch thatsächlich jene specielle Richtung genommen habe. Wenn in der Klage Seite 7 erwähnt wird, daß S. auch schon in früheren Fällen zu Erweiterungen der R—'r Pfarrbauten seinen dritten Theil beigetragen habe, so ist damit der Bestand einer Observanz für die Beitragspflicht bei Erweiterungen nicht bestimmt behauptet worden, auch sind die angedeuteten Fälle, ihrer näheren Beschaffenheit nach, nicht in dem Maaße näher bestimmt worden, daß auf jene ganze Angabe rechtliche Rücksicht genommen werden könnte. Eben so wenig hat der

Beklagte behauptet, daß sich die fragliche Observanz thatsächlich auf Beiträge zu dem bisherigen Bestande der Pfarrgebäude beschränkt habe. Wenn derselbe seiner Seits einiger, in der neueren Zeit vorgekommenen Fälle gedacht hat, in welchen — unter ähnlichen Umständen, wie hier — die Filialkirchen nicht zu den Erweiterungen der Pfarrbauten angehalten sein sollen, so ist auch damit noch keine Observanz dieses Inhalts behauptet worden. Vielmehr besteht Alles, was beide Theile für und gegen die Beziehung der observanzmäßigen Beiträge auf die Erweiterung der Pfarrgebäude vorgetragen haben, nur in Untersuchungen der Rechtsfrage: ob die an sich begründete Beitragspflicht zu den Pfarrbauten auch bei Erweiterungen der letzteren eintrete? Es handelt sich daher hier nicht um eine Observanz, die Beitragspflicht auch auf die Erweiterungen zu beziehen, oder nicht — mithin auch nicht eventualiter um den Beweis einer solchen — sondern allein um jene Rechtsfrage.

5. — Was nun die letztere betrifft, so fehlt es da, wo nicht specielle rechtliche Beschränkungen der Beitragspflicht auf den bisherigen Bestand — durch Vertrag, Verjährung, Observanz und dergleichen — vorliegen, an allem Rechtsgrunde, dieselbe in jener Richtung einzuschränken. Der rechtliche Inhalt einer allgemeinen, nicht näher begrenzten Beitragspflicht umfaßt alle Baubedürfnisse der Mutterkirche, mithin auch die nothwendigen Erweiterungen. Bei einer so gestalteten Beitragspflicht — und um eine solche handelt es sich, nach rat. 4 hier — fehlt aller rechtliche Grund zu einer Restriction auf die Bedürfnisse des bisherigen Bestandes, weil derselben in ihrer Allgemeinheit kein Motiv zu einer solchen Beschränkung innewohnt. Auch wo eine solche Beitragspflicht auf Observanz beruht, ist es nicht anders, und auch bei der hier in Frage stehenden Observanz liegt nichts Abweichendes vor. Eine observanzmäßige Beschränkung auf den bisherigen Bestand hat der Beklagte nicht behauptet; aus dem Umstande aber, daß sich die Beiträge der Kirche zu S. bisher nur auf die, vor dem Brande vorhanden gewesenen R—er Pfarrgebäude bezogen, folgt nicht, daß sich

die Beitragspflicht, ihrem rechtlichen Umfange nach, auf jenen Bestand beschränkt habe. Dagegen zeigt

c. 3, D. I de consecratione,

wie auch der Beklagte eingeräumt hat, daß schon nach Canonischem Rechte die, nicht speciell beschränkte Beitragspflicht auch die von dem Bischofe nothwendig erachteten Erweiterungen mit ergreife, und darüber sind Theorie und Praxis einverstanden.

cfr. Lang, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 26, S. 313, 314.
G. L. Boehmer, auserlesene Rechtsfälle. Bd. 2, Abth. 1, Nr. 118. S. 185—189.

Nicht minder enthält auch, wie schon die Gründe des vorigen Erkenntnisses bemerkt haben,

die Revidirte Kirchen-Ordnung von 1602, Thl. V., Absatz: „Da aber bishero keine Wohnungen" —

eine Bestimmung über die Erbauung von Wittwenhäusern, wo dieselben bis dahin noch gefehlt haben, die nicht anders verstanden werden kann, als daß die Kosten dazu von den gewöhnlichen Baupflichtigen getragen werden müssen.

6. — Es kann sich daher nur weiter fragen, ob die Filialkirche, vermöge einer solchen allgemeinen Beitragspflicht, unbedingt zu allen und jeden, bei der Mutterkirche von den dazu berechtigten Personen angeordneten Bau-Erweiterungen zu concurriren verbunden sei? oder nur zu den wirklich nothwendigen? Auch diese Frage kann, in Ermangelung specieller Bestimmungen über sie, nur nach der rechtlichen Natur der Sache beurtheilt werden, und diese führt zu der Beschränkung auf das wirkliche Bedürfniß. Es liegt durchaus in dem Wesen solcher Lasten, daß sie nur dem wirklichen Bedürfnisse begegnen sollen, und der Pflichtige nicht über diese Grenze hinaus willkürlich belastet werden darf. In diesem Sinne ist daher die von

G. L. Boehmer a. a. O.

entwickelte Unterscheidung zwischen dem **casus utilitatis** und dem **casus necessitatis** in der rechtlichen Natur der Sache selbst begründet. Eben so sehr spricht für dieselbe aber auch der

§. 499 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs — „so weit es nöthig befunden wird —"

wodurch die allgemeine Voraussetzung ausgedrückt wird, daß die Kirchenbauten überhaupt das wirkliche Bedürfniß nicht überschreiten dürfen.

7. — In dem vorliegenden Falle hat der Kläger — **rat. 2 sub 2** — die Nothwendigkeit der fraglichen Bau-Erweiterungen in R. eben so bestimmt behauptet, als der Beklagte dieselbe geleugnet hat — **rat. 2 sub 3** —. Der Kläger meint zwar, Seite 6 der Klage, der Beklagte habe jene Nothwendigkeit bereits in der Anlage **A. ad** [1.] **Canc.** anerkannt; allein es heißt daselbst nur, mehr voraussetzlich als bestimmt einräumend: „wenngleich die bisherige Größe der Gebäude hinführo nicht ausreichen möge." Am wenigsten hat der Beklagte die Nothwendigkeit der Vergrößerung der Räumlichkeiten von 6294 bis 8513 □Fuß eingeräumt. Vielmehr hat derselbe in den gegenwärtigen Proceßverhandlungen das Bedürfniß jener Erweiterung gänzlich in Abrede genommen, behauptend, daß der vor dem Brande vorhanden gewesene Raum auch noch nach dem Brande für den Bedarf der R.—r Pfarrwirthschaft genügend gewesen sei, und der durch den Neubau hinzugefügte Mehrbetrag unbenutzt dastehe. Unter diesen Umständen würde es zur Zeit noch zu keiner Verurtheilung des Beklagten kommen können, sondern erst das bezeichnete Bedürfniß, als ein wesentlicher Theil des Klaggrundes, von dem Kläger bewiesen werden müssen.

8. — Es kommt demnach nur noch der erste Gegengrund des Beklagten — **rat. 2 sub 1** — in Betracht; dieser ist aber ganz unhaltbar. Zunächst hat der Kläger das vermehrte Bedürfniß der Pfarre keinesweges allein aus der im Jahre 1841 erfolgten Separation der Pfarrländereien, sondern eben so sehr aus den, in den neueren Zeiten eingetretenen Verbesserungen der Cultur der letzteren überhaupt abgeleitet. Der Beklagte hat hiegegen in seiner Vernehmlassung Nichts eingewendet, vielmehr die factische Richtigkeit des Klagvortrages, so weit er denselben nicht bestreiten würde, [10.] Seite 4 **actor. Canc.**, allgemein anerkannt. Was dagegen jene Separation und Permutation der Pfarrländereien betrifft, so hat der Beklagte nirgends behauptet, daß durch dieselbe eine Vermehrung des früheren Pfarrackers

bewirkt worden sei, vielmehr diesen Gegenstand in der gegenwärtigen Instanz — [6.] Seite 7 a. E., Seite 8 der hiesigen Acten — auf sich beruhen lassen, indem die Fläche des Ackers sich in quali et quanto immerhin gleich geblieben sein möge. Ohnehin liegen Vermehrungen der bisherigen Ackerfläche in quali et quanto nicht in dem Zwecke und Wesen solcher Separationen und Permutationen, können daher ohne specielle Behauptungen nicht bei denselben vorausgesetzt werden. Die hier in Frage stehende Separation und Permutation erscheint daher auf der Seite der Pfarre nur als ein Mittel zu verbesserter Bewirthschaftung des Pfarrackers. Zu der letzteren ist aber der Pfarrer, als Nutznießer desselben, nach allen Richtungen berechtigt. Der Pfarracker ist demselben in dieser Beziehung uneingeschränkt zu der möglichst nützlichsten Cultur überwiesen worden, daher auch zu allen wirthschaftlichen Veränderungen, und tritt durch diese das Bedürfniß vermehrter Räumlichkeiten ein, so muß demselben durch die gewöhnlichen Mittel, mithin auch durch die entsprechenden Beiträge der Filialkirche abgeholfen werden. Unter den verschiedenen, zu jenem Zwecke dienenden Culturmitteln kann in dieser Hinsicht kein Unterschied obwalten, und so bleibt es sich rechtlich gleich, ob der größere Ertrag der Pfarrländereien durch Abmergelung der Aecker, Berieselung der Wiesen, oder durch Separation und Permutation herbeigeführt worden ist — vorausgesetzt, daß die letzteren, wie hier, keine Vermehrung des Bodens in quali et quanto bewirkt haben, sondern als eine bloße verbesserte wirthschaftliche Einrichtung des bisherigen Bestandes erscheinen.

9. — Der Beklagte kann sich auf jene Veranlassung des vermehrten Bedürfnisses um so weniger berufen, als schon der §. 506 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs die Separationen und Permutationen der Pfarrländereien als ein Mittel ihrer besseren und einträglicheren Bewirthschaftung, sichtbar begünstiget, und man hiebei eben so gewiß nicht daran gedacht hat, die dadurch etwa vermehrte Baulast den Mutterkirchen allein, ohne den Beitrag der Filialkirchen, aufzubürden. In allen Beziehungen erscheint daher die fragliche Separation und Per-

mutation nicht als eine einseitige Handlung Dritter, welche nur diesen die Folgen derselben auferlegt hätte, sondern als ein, nach allen Seiten befugtes Unternehmen, dessen Wirkungen für die Vermehrung des Baubedürfnisses nur denselben Personen zur Last fallen konnten, welchen sonst regelmäßig die Last der R—r Pfarrbauten obliegt.

10. — Die erhobene Klage ist nach diesen Gründen, mit Unrecht angebrachtermaßen verworfen worden. — Vielmehr hätte, da ihrer Zulassung an sich kein rechtliches Hinderniß entgegenstand, und nur noch das, ihr zu Grunde gelegte Bedürfniß illiquid war, sofort auf den Beweis des letzteren erkannt werden müssen, rat. 7. Auf diesen, dem Kläger aufzulegenden, Beweis mußte daher reformirt werden. Dabei war jedoch zur Festhaltung des concreten Klagfundaments speciell auf die, S. 2 der Klage vorgetragenen Veranlassungen des vermehrten Bedürfnisses hinzuweisen, und das Maß desselben auf die behaupteten 8513 □Fuß zu stellen. Es versteht sich jedoch daß, wenn der Kläger nicht das Bedürfniß des ganzen behaupteten Mehrbetrages beweisen sollte, die sich so ergebende etwanige Zuvielforderung dem wirklich erwiesenen geringeren Betrage nicht seinen Einfluß auf das Beitragsquantum der von dem Beklagten vertretenen Kirche entziehen würde. Daher der Zusatz: „oder wie viel weniger." Auch versteht sich, daß das zu erweisende Bedürfniß nicht bloß aus dem Zeitpunkte des Neubaues zu entnehmen sein würde, sondern begründete Aussichten in die Zukunft, die bei einem solchen Baue zu berücksichtigen waren, mit in Betracht kommen mußten. Der Beweissatz ist daher in dieser Beziehung absichtlich allgemein gehalten worden.

Der Beklagte legte gegen dies Erkenntniß das Rechtsmittel der Restitution ein und beantragte die Einholung eines Rechtsgutachtens. Die Berliner Juristenfacultät, an welche die Acten gesandt wurden, sprach sich für die confirmatoria aus, indem sie Folgendes ausführte.

Gründe.

Die erste Frage, auf welche es für Beurtheilung der vorliegenden Beschwerden ankommt, ist die über den allgemeinen

Rechtsgrundsatz, ob die von beiden Theilen zugestandene Beitragspflicht der Filialkirchen in Mecklenburg-Strelitz sich nur auf Wiederherstellung oder auch auf Erweiterung der betreffenden Gebäude erstrecke. Daß dabei für Pfarrgebäude, um die es sich hier handelt, dasselbe gelten muß, was unter anderen Verhältnissen für Kirchengebäude, versteht sich von selbst.

Die Quellen des Kirchenrechts enthalten nun keine bestimmten Aussprüche darüber, ob die zur Reparatur Pflichtigen auch zur Erweiterung pflichtig sind, und es ist deshalb von den Kirchenrechtslehrern aus der Natur der Sache und aus dem Geiste der Quellen die Entscheidung gesucht worden. Die meisten neigten sich dahin, die Erweiterung der Wiederherstellung gleich zu stellen, nicht bloß die von Lang angeführten katholischen Schriftsteller, sondern auch protestantische, so namentlich

J. H. Böhmer, jus eccles. prot. lib. III., tit. 48, §. 23.

wenigstens für den Fall, daß die Erweiterung keine unmäßige ist. Dabei wurde auch zwischen nothwendiger und nützlicher Erweiterung unterschieden.

G. L. Böhmer, Rechtsfälle, II. Bd., S. 185.

Neuerdings aber hat Lang in einer sehr gründlichen Abhandlung

Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 26.

bis zu gewissem Grade die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, indem die kanonischen Quellen überall Neubau und Reparatur von einander zu trennen scheinen, und die in denselben gebrauchten Ausdrücke, namentlich der Ausdruck: „refectio“ nach einem bei den römischen Civilisten nachweisbaren Sprachgebrauch die ampliatio nicht in sich enthalten. Auf Lang namentlich beruft sich denn auch der Beklagte.

Nach der Natur der Sache ist Erweiterung allerdings an sich nicht dasselbe mit Reparatur, und es kann aus der Verbindlichkeit zu letzterer nicht auch erstere als schon begrifflich in ihr enthalten angenommen werden. Eben so wenig aber kann auf der anderen Seite die Erweiterung unter den Begriff eines Neubaues, d. i. der Gründung eines völlig neuen selbständigen

Gebäudes gestellt werden, da sie ein bereits vorhandenes Gebäude voraussetzt, welches vielleicht ohne die Erweiterung seinen Zweck nicht mehr erfüllt. Es wird deshalb die Beurtheilung der Beitragspflicht nicht daraus entnommen werden können, ob Erweiterung eines Gebäudes ihrem technischen Begriffe nach Reparatur oder Neubau ist, sondern vielmehr daraus, ob das Fundament, auf welchem die Reparaturlast ruht, seiner rechtlichen Natur nach auch den Grund zur Erweiterungslast in sich schließt. Hier wird nun zu unterscheiden sein: Wo die Baulast auf einem dem Kirchenverbande äußerlichen Titel beruht, als z. B. einem Vertrag, einem Testament, oder einem Herkommen, das keine inneren Gründe hat, da wird dieselbe, wie jede Verbindlichkeit stricte zu interpretiren und daher im Zweifel von der Erweiterung nicht zu verstehen sein. Wo dagegen die Baulast auf einer Participation am Kirchenverbande selbst beruht, als bei Eingepfarrten, bei Filialen, bei Patronen, so weit sie die Kircheneinkünfte haben, da wird im Zweifel für die Erweiterung eben das gelten müssen, was für die Reparatur. Denn eine specielle Verbindlichkeitsübernahme bemißt sich nach dem, was der Pflichtige muthmaßlich auf sich nehmen wollte, ohne Rücksicht auf das innere Bedürfniß der Kirche und die spätere Vergrößerung dieses Bedürfnisses. Dagegen eine innere Betheiligung am Kirchenverband enthält die Pflicht der Erhaltung der Kirchengebäude in brauchbarem Stand nach dem innern Bedürfniß der Kirche und wo der bisherige Umfang eben nicht mehr genügt, da ist deshalb die Erweiterung eben so sehr eine Anforderung, als sonst die Refection. Ganz vorzüglich muß dieses für die Beitragspflicht der Filiale gelten; denn die Baulast eines Filials, in so weit eine solche begründet ist, ist ihrer Natur nach von derselben Qualität, wie die der Mutterkirche und lediglich der Quantität nach von ihr verschieden. Bloß die beiden Temperamente werden überall bei diesem Grundsatz festzuhalten sein, daß ein wirkliches Bedürfniß (necessitas nicht blos utilitas) vorhanden sei, wie G. L. Böhmer ausführt, und daß die Erweiterung nicht das Maaß überschreite, denn die Verbindlichkeit ein Kirchengebäude in seiner Brauchbarkeit zu erhalten, kann

sich nicht bis zur neuen Gründung eines Kirchengebäudes, d. i. eines selbständigen Etablissements, erstrecken.

Ohne Zweifel entspricht dieses auch dem Geiste der canonischen Quellen. Denn eine scharfe Begrenzung von Erhaltung im alten Zustand und Erweiterung ist in denselben nicht aufzuweisen, wenn man nicht den römischen Sprachgebrauch bei den Servituten auf sie überträgt, was schon J. H. Böhmer l. c. für unstatthaft erklärte. Ja daß nach ihnen die Pflicht zur **emendatio** eben da überall Platz greift, wo die zur **refectio**, giebt selbst Lang zu. Im Ganzen aber ist es der Geist der kanonischen Quellen, daß, soweit es die Theilnahme am Kirchenverbande (nicht außerhalb stehende aus speciellem Titel verpflichtete Dritte) betrifft, der Bischof über das Bedürfniß erkenne und damit Maß gebe für die Heranziehung zu Beiträgen. — Auch Lang kommt im Grunde auf dasselbe Resultat hinaus, da er den Patron selbst zur Erweiterung verpflichtet erklärt, wenn er nicht sein Patronatrecht aufgeben will.

Von diesem in allgemeinen kirchlichen Principien liegenden Grundsatz abzugehen, geben die Mecklenburg-Strelitzschen Gesetze keine Veranlassung; denn sie enthalten keine hiefür maßgebende Bestimmung. Die Stelle des Erbvergleichs §. 499 und §. 500, auf welche Beklagter in der Rechtfertigungsschrift sich beruft, daß sie Reparatur und Neubau sorgfältig unterscheide, beweis't nicht, was er aus ihr ableiten will. Denn für's erste handelt die Stelle, wie schon Kläger richtig erwidert, nicht von dem Verhältniß des Filials zur Mutterkirche, sondern von den Verhältnissen der Gemeindeglieder zum Kirchen-Aerar, und für's andere wäre ja eben zu beweisen, daß die Erweiterung als Neubau und nicht als Reparatur (als Erhaltung in brauchbarem Stand) zu betrachten ist. — — — — Entgegenstehende Präcedentien nachzuweisen, hat Beklagter vergeblich versucht. Dagegen der Bestand einer Observanz in Mecklenburg-Strelitz, wie Beklagter sie zugiebt, daß die Filiale eine Quote contribuiren, daß namentlich in dem hier fraglichen Kirchenverbande drei Kirchen-Aerare, N.., G... und S... jedes ein Drittel zu contribuiren hat, zeigt deutlich, daß das Filial der Mutterkirche

nicht in der Art gegenübersteht, daß seine Verbindlichkeit eine genau und für immer abgegrenzte ist und die steigenden Bedürfnisse der Mutterkirche allein zur Last fallen, sondern daß vielmehr die drei Kirchen gemeinsam und in gleicher Weise überall verpflichtet sind.

Die Verbindlichkeit des Filials für nothwendige Erweiterung vorausgesetzt kann hiernächst die Nothwendigkeit nicht, wie Beklagter will, stricte nach dem Ertrag des Momentes, in welchem gebauet wird, bemessen werden, sondern es muß nach Weise jeder ordentlichen Verwaltung in Privat- und öffentlicher Wirthschaft der voraussichtliche Ertrag auch der nächstfolgenden Zukunft in Anschlag gebracht werden.

Ein vorausgehendes Gehör über das Vorhandensein des Bedürfnisses konnte Verklagter als Vertreter des beitragspflichtigen Filials allerdings ansprechen, wie ihm auch geworden ist. Dagegen konnte von seiner Zustimmung die Erweiterung nicht abhängen; denn über die Frage des Bedürfnisses entscheidet nach allgemeinen Grundsätzen des Kirchenrechts zuletzt der Kirchenobere, und es bleibt Beklagtem nichts weiter übrig, als, wenn er die Entscheidung ungegründet findet, richterliche Hülfe dagegen zu suchen, die ihm ja eben mittelst des, dem Kläger in der sententia a qua auferlegten, Beweises gewährt ist. Steht nun der Rechtsgrundsatz fest, daß Beklagter auch an der Erweiterung der Mutterkirche, so weit dieselbe ein Bedürfniß (necessitas) ist, den observanzmäßigen Beitrag zu geben hat, so müßte doch die Verbindlichkeit hierzu allerdings wegfallen, wenn dieses Bedürfniß einseitig und willkürlich von der Mutterkirche oder dem Domanio, das als Patron sie vertritt, herbeigeführt sein sollte, und dahin geht seine zweite Widerlegung gegen die sententia a qua. — Beklagter erkennt nämlich selbst an, daß die bessere Cultur der Pfarrländereien nach den Regeln fortgeschrittener Landwirthschaft als eine solche willkürliche Vermehrung des Ertrags nicht angesehen werden könne; aber er behauptet, der Hauptgrund des Mehrertrages sei die durch das Domanium zu R. vorgenommene Separation der Pfarrländereien, und diese sei eine besondere willkürlich herbeigeführte Vermehrung

des Bodenertrags. Allein eine solche Separation hat, wie schon das angefochtene Erkenntniß deutlich ausgeführt hat, durchaus nicht die Natur und Absicht einer quantitativen Vermehrung des Besitzthums. Schon die Concurrenz der übrigen Interessenten, deren keiner verlieren will und soll, schließt eine solche aus. Die Separation ist ihrer Natur nach bloß eine andere Wirthschaftsmanipulation. Daß die auseinanderliegenden Felder und Wiesen in gleichem Maße (Umfang und Bonität ineinander gerechnet) zusammengelegt werden, um dadurch eine zweckmäßigere Behandlung des Bodens möglich zu machen, ist nicht anderer Art, als wenn auf den eigenen Feldern ein anderes Verfahren mit der Brache, ein anderes Combiniren des verschiedenen Futterbaues u. dgl. verfügt wird. — Beachtenswerther erscheint, wenn Beklagter jene Ertragsvermehrung des Pfarrguts, welche durch Ablösung bisheriger Immunitäten in Grund und Boden eintrat, nicht als einen Verpflichtungsgrund für sich die Pfarrgebäude zu erweitern, anerkennen will. Denn wenn die Mutterkirche also nach eigenem Ermessen die bisherigen Geldeinkünfte oder Geldbefreiungen des Pfarrers in Grundbesitz und Fruchtertrag verwandelt und dadurch für einen Theil des Pfarreinkommens, der bis jetzt in der Geldkiste verwahrt wurde, Unterbringung in der Scheune nothwendig macht, so kann dadurch dem Filial keine Verbindlichkeit erwachsen. Die wirklich vorgekommenen Ablösungen dieser Art, welche Beklagter als ein **Novum** in der Restitutionsinstanz vorbringt, mußten danach, scheint es, ihm zum Beweise nachgelassen werden.

Allein

1, hat die Vermehrung des Pfarrertrags nothwendig den **favor** der Gesetze für sich. Die **sententia a qua** hat aus §. 506 des Erbvergleichs sogar eine besondere Vergünstigung der Separationen gefolgert, jedenfalls aber sind überhaupt Vornahmen, welche die Kirchendotation verbessern, nicht blos als statthafte, sondern als begünstigte zu erachten, und können daher ihre Folgen nicht als eine willkürliche Belastung der anderwärts Betheiligten gelten. Auch ist die Vornahme der Separation nicht durch einen Privatact der Mutterkirche **respective**

ihrer Vertreter, des Pfarrers oder des landesherrlichen Patrons erfolgt, sondern durch eine Verfügung der landesherrlichen Kirchenbehörde in ihrer Eigenschaft als Kirchenregiment.

2. Die vom Verklagten behaupteten Ablösungen erscheinen nach seiner eigenen Angabe nicht als ein Selbständiges, sondern als bloßes unvermeidliches Accessorium der Separation und darum auch in ihrem Erfolg durchaus dieser Maßregel untergeordnet, in ähnlicher Weise, wie wenn bei der Grenztheilung, zweier Güter auch einmal hie und da ein Baum abgetreten werden muß.

3. Es ist auch an sich betrachtet der Gewinn des Pfarrguts an Boden durch solche Ablösung, welchen Beklagter behauptet, so unbedeutend, daß sie nicht als Ursache einer Ertragsvermehrung betrachtet werden kann, um derentwillen die Gebäude um 2000 Fuß erweitert werden mußten.

Diese Rücksichten zusammengenommen mußten die vom Beklagten behaupteten Ablösungen, auch vorausgesetzt, daß sie wahr sind, und daß Kläger die seinerseits dagegen behaupteten Minderungen des Pfarrbodens nicht beweisen könnte, dennoch bloß als eine völlig untergeordnete und accessorische Vornahme betrachtet werden, welche durch die Angemessenheit der Separation, die sie mit sich führte, gerechtfertigt ist und in ihren, ohnedies um der Geringfügigkeit willen nicht herauszurechnenden Folgen vom Beklagten nicht angefochten werden kann.

Das dritte Erkenntniß vom 30. August 1847, mittelst dessen das Oberappellationsgericht die Restitutionsbeschwerden des Beklagten verwarf, stützt sich auf folgende Gründe:

1. — Implorant hat Nichts vorgebracht, was die in rat. 8 der vorigen Urthel gegebene Beurtheilung der Statt gehabten Separation zu ändern vermöchte. Das Geschäft soll das Besitzthum keiner der Interessenten vermehren, sondern lediglich das Aller nutzbar machen. Es besteht factisch nur in einer, zu diesem Zwecke von sämmtlichen Theilnehmern vorgenommenen, anderen Wirthschafts-Einrichtung, und es ist — wie das von der Juristen-Facultät zu Berlin ertheilte Erachten zutreffend bemerkt, — solches Zusammenlegen auseinanderliegender Felder und

Wiesen nicht anderer Art, als wenn auf den eigenen Feldern ein anderes Verfahren mit der Brache, ein anderes Combiniren des verschiedenen Futterbaues und dergleichen verfügt wird.

2. — In den beiden ersten Instanzen hat Beklagter nicht allein niemals behauptet, daß die Pfarre durch die Statt gehabte Separation, Güte und Umfang des Bodens zusammen veranschlagt, an Grundbesitz gewonnen habe, sondern auch in den Exceptionalen voriger Instanz zugegeben, daß derselbe sich in **quali et quanto** gleich geblieben sein möge. Damit ist dieser Punct mindestens außer Zweifel gestellt, weshalb die in jetziger Instanz vorgebrachte, ohnehin zu allgemeine Behauptung, daß alle Immunitäten der Pfarre durch Zutheilung von Ländereien abgelöset worden, nicht zu berücksichtigen ist. Das dazu gehörige specielle **novum** aber, daß die Pfarre als Entschädigung für die bestandene Freiheit vom Hirtenlohn ein, zum jährlichen Ertrage von 9 Thlr. 13 ßl. Gold veranschlagtes, Areal erhalten, ist jedenfalls unerheblich, weil eine so geringfügige Ertragsvermehrung einen Bau in irgend vergrößertem Maßstabe nicht erfordern kann.

3. — Auch die rechtliche Folge des Geschäfts macht eine andere Auffassung nicht nöthig. Allerdings sind die Eigenthums-Verhältnisse verändert, und gerade hierin wird die Quelle der vortheilhafteren Nutzung gesucht. Allein die Hebung der Communion liegt nicht außer dem Inhalte der ursprünglichen **dos**; denn daß ein gehöriger Austausch der in Communion liegenden Flächen, sobald die Zusammenlegung thunlich und ersprießlich erscheine, geschehen werde, muß — zumal in Beihalt des §. 506 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs — als bei der Fundirung bedacht und gewollt angenommen werden, da es nicht hat Intention sein können, eine bessere Bewirthschaftung auszuschließen. So stellt sich die Separation als eine, schon durch die ursprüngliche Dotirung gebotene Maßregel heraus, und zu dem jetzigen Besitzthum der Pfarre ist in ihr der Grund gelegt worden.

4. — Hienach hat die Frage, ob die Filialkirche die, durch eine neue oder vermehrte **dos** der Pfarre erforderlichen Bauten,

mit zu übertragen habe, hier kein Interesse. Vielmehr soll sich gerade das Bedürfniß einer Vergrößerung der Pfarr-Wirthschafts-Gebäude aus der ursprünglichen dos heraus, ohne erhebliche Acker-Vermehrung, entwickelt haben.

5. — Für solchen Fall hat Beklagter die Bau-Verpflichtung der S—'er Kirche nicht einmal bestritten, und es liegt in der Sache, daß es nicht genügen kann, dem Pfarrer — der von **mater et filia** angewiesen ist, die dos vollaus zu genießen — dazu unzureichliche Gebäude hinzusetzen.

Auch ist vom Beklagten in der Vernehmlassung — [10.] **act. Canc. pag. 8 et 9** die Observanz, daß die S—'er Kirche **pro tertia** zu den R'schen Pfarrbaulasten „nach bisherigem Bedürfniß" concurrirt, eingeräumt, und damit rein anerkannt, daß das Bedürfniß das leitende Princip für die Baulast gewesen. In Ansehung des Umfanges dieses Bedürfnisses giebt es aber keinen anderen Maßstab, als die Ertragsfähigkeit der damaligen dos, und man verfährt ganz der Observanz entsprechend, wenn man ihn, so wie früher, auch fernerhin anlegt. Hatte dasselbe bisher eine Erweiterung der Oeconomie-Gebäude nicht erfordert, so ist dies ein zufälliger Umstand, der das normirende Princip nicht berührt.

Die vom Imploranten angezogenen §§. 499 und 500 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs unterscheiden zwischen Wiederherstellung und Vergrößerung der geistlichen Gebäude gar nicht, können mithin nicht gebraucht werden, um nachzuweisen, daß die Erweiterungs-Verpflichtung eine besondere Gestaltung der betreffenden Observanz erheische, wie sie sich auch auf das Verhältniß der Filialkirchen zur Mutterkirche nicht beziehen.

6. — Da sich nun aus dem eigenen Anerkenntnisse des Beklagten ein Herkommen ergiebt, welches für das Verhältniß der S—'er Kirche zur Pfarre das der Klage grundleglich gemachte Princip enthält, so ist es völlig unerheblich, wie es dieserhalb sonst im Lande gehalten sein mag, und ob man dort den Grundsatz befolgt, daß die baupflichtige **filia** genug thue, wenn sie der Pfarre unzulängliche Gebäude gewähre. Es bedarf daher auch nicht der Untersuchung, ob Beklagter sich über-

haupt und rechtzeitig auf ein, im Lande sonst geltendes, entgegenstehendes Gewohnheitsrecht berufen habe.

7. — Diesem Allen zufolge hängt die endliche Entscheidung des Streites von dem, dem Kläger auferlegten Beweise ab, und wenn auch der Pfarrer sich über einen Neubau, der seine damaligen Bedürfnisse befriedigte, nicht hätte beschweren können, so ist hier doch zu berücksichtigen, daß die S—'er Kirche nicht die alleinige Bauverpflichtete ist. Im Verhältnisse der mehreren Baupflichtigen zu einander ist aber lediglich entscheidend, wie und in welchem Umfange ein **bonus paterfamilias** bauen würde, und daß dieser bei einem nothwendigen Neubau begründete Aussichten in die Zukunft beachten wird, unterliegt keinem Zweifel.

8. — Eben so unbegründet ist die Ansicht des Imploranten, daß der Beweis nicht auch auf die Nothwendigkeit einer geringeren, als der libellirten, Erweiterung zu stellen gewesen. Denn dieses **minus** liegt in dem **plus**, und er hat das Bedürfniß irgend einer Vergrößerung in Abrede genommen. Daß für die Zukunft vielleicht neue Differenzen besorglich werden, wenn der Beweis nicht gerade **in totum** geführt wird, ist hier nicht zu berücksichtigen, da es sich gegenwärtig nur darum handelt, wie viel die S..'er Kirche zu dem jetzigen Neubau beizutragen hat.

Druckfehler.

S. 21 Z. 11 v. u. st. Gläubiger l. Schuldner.
S. 36 Z. 4 u. 5 v. o. st. verweisen l. erweisen.
S. 37 Z. 9 v. o. st. Der Beweis l. Den Beweis.
S. 41 Z. 3 v. u. st. angemessene l. ungemessene.
S. 88 Z. 4 v. o. st. das l. daß.
S. 92 Z. 3 v. o. ist das Wort „es" zu streichen.
S. 107 Z. 19 v. o. st. daß l. das.
S. 147 Z. 4 v. u. st. jedes l. jenes.
S. 264 Z. 22 v. o. st. manech l. manche.